Petražycki, Leon

Die lehre vom einkommen vom standpunkt des...v. 1-2

Berlin

1893-

98-84478-1
MASTER NEGATIVE #

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
PRESERVATION DIVISION

BIBLIOGRAPHIC MICROFORM TARGET

ORIGINAL MATERIAL AS FILMED -- EXISTING BIBLIOGRAPHIC RECORD

330.13 Petrazhitskiĭ, Lev Iosifovich, 1867-1931
P44
Die lehre vom einkommen vom standpunkt des gemeinen civilrechts...
Berlin, 1893- O.
1 343033
Müller

See next card.

TECHNICAL MICROFORM DATA

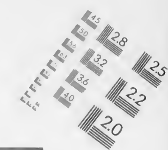
FILM SIZE: 35 mm REDUCTION RATIO: 11:1 IMAGE PLACEMENT: IA (IIA) IB IIB

DATE FILMED: 12/2/98 INITIALS: LL

TRACKING #: 33616, 33617

FILMED BY PRESERVATION RESOURCES, BETHLEHEM, PA.

PM-MGP
METRIC GENERAL PURPOSE TARGET
PHOTOGRAPHIC



150 mm

100 mm

1.0 1.1 1.25 1.4 1.6 1.8 2.0 2.2 2.5 2.8 3.2 3.6 4.0 4.5 5.0 5.6

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz
1234567890

1.0 mm

1.5 mm

2.0 mm

2.5 mm

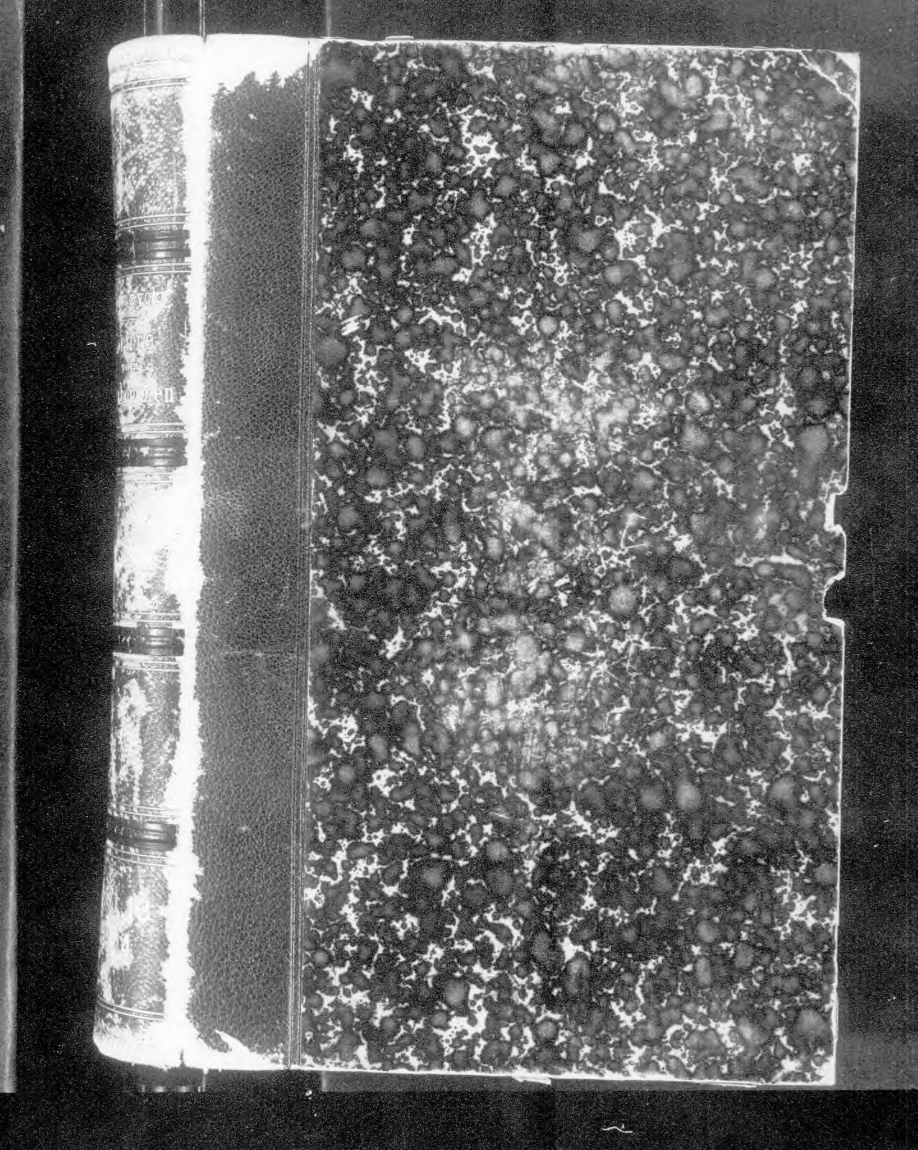
A5

A4

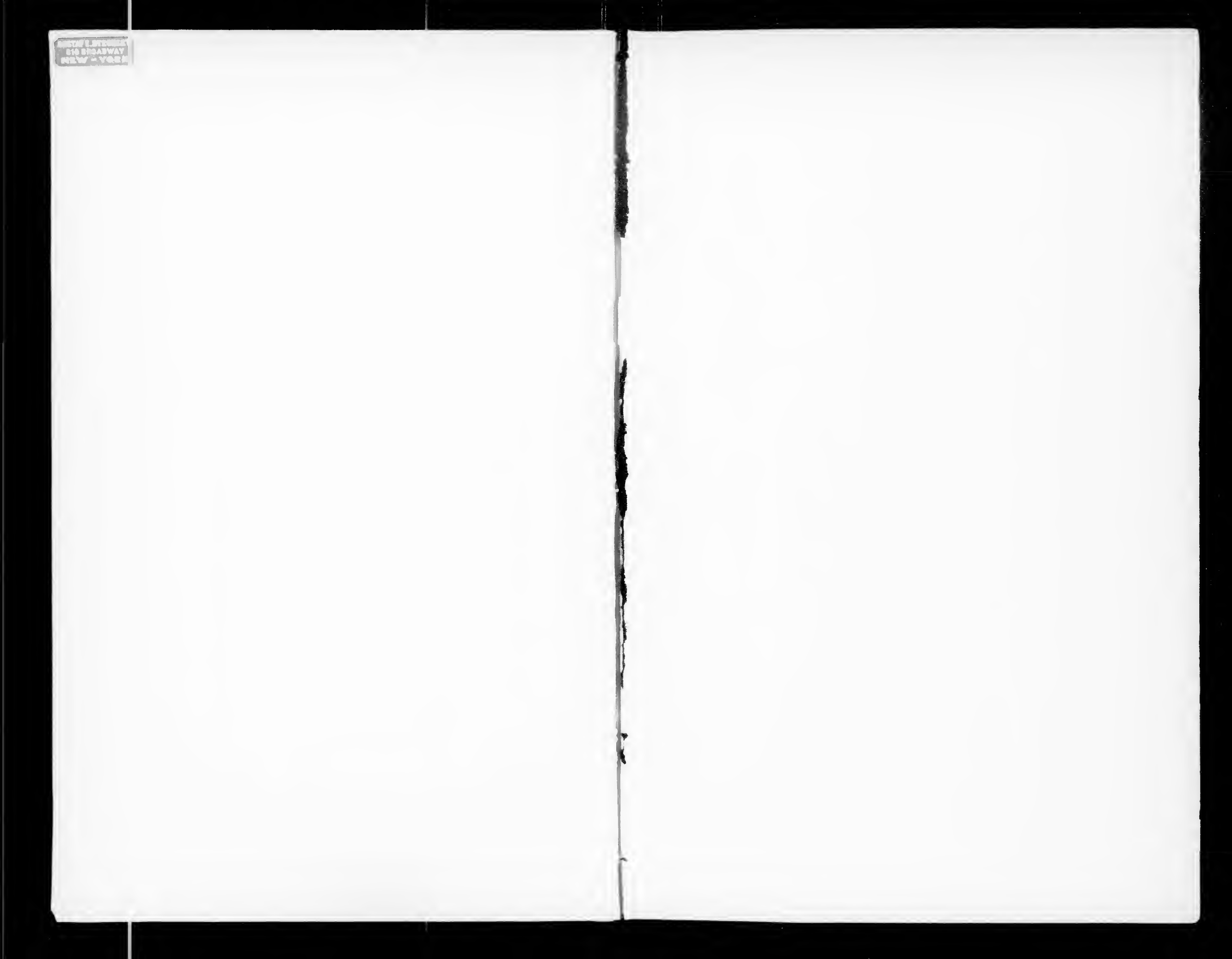
PRECISION℠ RESOLUTION TARGETS



A & P International
612/854-0088 FAX 612/854-0482
8030 Old Cedar Ave. So., Ste. #215
Bloomington, MN 55425




SIGILLUM COLLEGII COLUMBIAE NOVI EBORACI.
IN LUMINE TUO VIDEBIMUS LUMEN



Die Lehre vom Einkommen.

Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts

unter Berücksichtigung

des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Von

Leo v. Petražycki.

I. Band.

Grundbegriffe.

Berlin 1893.
Verlag von H. W. Müller.

Vorwort.

Die vorliegende Schrift (ebenso wie die „Fruchtvertheilung" desselben Verfassers) erscheint bei ihrer Veröffentlichung durch den Druck gleichsam in zweiter verbesserter Auflage. Die „erste Auflage", das Manuscript, ist von meinen hochverehrten Lehrern, den Geheimen Justizräthen und ordentlichen Professoren Dr. **Heinrich Dernburg**, Dr. **Ernst Eck** und Dr. **Alfred Pernice** gelesen und mit kritischen Bemerkungen versehen worden. Die Berücksichtigung der von so berufener Seite erfolgten Bemerkungen hat natürlich den Werth der Arbeit wesentlich erhöht und mich vor manchem Irrthum bewahrt. Ich hoffe, dass manche in der Untersuchung gewonnene Sätze zum Wahren und vor Allem zum Guten führen werden. Mit dieser Hoffnung und dem herzlichsten Dank an meine hochgeehrten Lehrer für ihre selbstvergessene, mühsame und zeitraubende Hilfe bei der Verfassung dieser Schrift schliesse ich dieses Vorwort und verweise in Bezug auf den Inhalt und den Hauptzweck des Buches auf den § 4 und das Nachwort.

Inhaltsübersicht.

I. Theil.

Einleitende Bemerkungen.

II. Theil.

Einkünfte in brutto.

III. Theil.

Das reine (in Geld geschätzte) Einkommen.

B. Activa der Früchte.

IV. Theil.

Geschichte und Classification der Einkommensbegriffe. Einkommensbegriffe im Entwurf.

A. Geschichtliche Untersuchungen über die Begriffe fructus, reditus, quaestus.

Nachträge und Berichtigungen.

Nach der Fertigstellung des Druckes habe ich die eben veröffentlichten §§ 375—776 des Entwurfes II (Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission) erhalten. Durch die darin enthaltenen Veränderungen des ursprünglichen Entwurfes (welche erfreulicherweise als Verbesserungen zu bezeichnen sind) sind einige Bemerkungen im Anhang und Nachwort der vorliegenden Schrift antiquirt. Insbesondere ist folgendes hervorzuheben: a) § 435 (§ 479 des Entw. I) schreibt für alle Verwendungen eine gleiche Behandlung vor. Dadurch verliert meine Ausführung über den Nichtersatz der nothwendigen Verwendungen (S. 318. 319) ihre Bedeutung. An deren Stelle tritt aber meine Ausführung über den ungenügenden Ersatz der imp. necessariae ein. Die Polemik gegen den Ersatz der imp. utiles und voluptuariae bleibt aufrecht. Auch die §§ 491, 541 (§§ 514, 553 des Entw. I) enthalten die ursprünglichen Fehler. b) § 740 Abs. 3 des Entw. I ist gestrichen worden, ohne durch eine entsprechende Vorschrift im Entw. II ersetzt zu werden. Vielleicht hat man dies aus dem Grunde gethan, weil die Beurtheilung der Verwendungen sich aus dem Begriff der Bereicherung von selbst ergebe, also eine ausdrückliche Regelung entbehrlich sei (vgl. unt. S. 338. 339). Wenn dies wirklich der Fall ist (§ 742 des Entw. II), dann bleibt meine Polemik auf den Seiten 338, 339 aufrecht, wenn nicht, dann ist im Gesetzbuch eine Lücke entstanden. c) Der für die ganze Lehre von den Bereicherungsansprüchen entscheidende § 743, welcher an die Stelle der ursprünglichen Bestimmungen in den §§ 741, 745, 747, 748 getreten ist, enthält noch jetzt

eine Combination von Verstössen gegen das Versicherungs- und das Motivationsprincip (vgl. unt. insb. S. 336). d) § 526 enthält eine wichtige Verbesserung gegenüber dem urspr. § 535, indem er die Substitution bei der Pacht einführt. Uebrigens bleibt auch hier unsere Kritik insofern aufrecht, als wir an andere Institute ausser der Pacht denken. Der Fehler steckt im Fruchtbegriff des Entwurfes. Der § 526 des Entw. II versperrt den Weg zur Berichtigung des Fruchtbegriffes.

S. 6 Z. 16 lies Puchta[2] statt Puchta[1].
„ 36 „ 21 — Consumptionsfond. statt Consumptionsfond.[1]
„ 86 „ 13 — das Wachs statt den Wachs.
„ 136 „ 10 — Cic. statt cic.
„ 237 „ 26 — l. 29 D. de H. P. 5, 3 statt l. 24 D. d. H. P. 5, 3.
„ 244 „ 38 — vescitur statt vescatur.
„ 266 Anm. 1 — Göppert S. 334 statt Göppert S. 234.

I. Theil.

Die einleitenden Bemerkungen.

§ 1. Allgemeine Charakteristik der herrschenden Fruchttheorie.

In der älteren und neueren Fruchtlehre spielen naturwissenschaftliche und namentlich biologische Begriffe eine wichtige Rolle. Nach der herrschenden Lehre sind nämlich Früchte im eigentlichen Sinne organische Erzeugnisse. Der Begriff der organischen Erzeugnisse liegt allen neueren Abhandlungen über die Früchte zu Grunde. Auch die Abhandlungen des 17. und des 18. Jahrhunderts haben meistens denselben Gedanken unter verschiedenen Bezeichnungen vertreten.[1] Die drei letzten Werke, welche den Begriff der Frucht näher erörtern, sind:

1. Heimbach, Die Lehre von der Frucht, 1843.
2. Janke, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers, 1862.
3. Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, 1869.

Nach Heimbach sind „Frucht im juristischen Sinne alle beweglichen Sachen, welche aus körperlichen Gegenständen, die nur

1) Ueber die ältere Literatur und ihren geringen Werth vgl. Göppert „über die organischen Erzeugnisse“ S. 1 fg. Den modernen Ausdruck „organische Erzeugnisse“ haben die älteren Schriftsteller freilich nicht gebraucht. Dem Sinne nach haben sie aber meistens die Theorie vertreten, welche auch durch die neueste Abhandlung über die Früchte (von Göppert) vertheidigt wird. Als Beispiel mögen folgende Worte von Galvanus (De usufructu dissertationes variae. 1788. pag. 327 fg.) dienen: „Notandum igitur est, lapides nasci, vivere, crescere, mori, renasci sic providente creatore, qui voluit etiam terrae viscera animare, ut vel abjectissima mundi portio miraculis omnipotentiae divinae superbiret.“ Nachher folgt der Beweis durch die Citate aus den Werken der Gelehrten und Philosophen für drei Thesen: „Lapides nascuntur“, „Lapides crescunt“, „Et vivunt et animam gerunt“. Und dann heisst es: „Nam si non nascerentur, crescerent, renascerentur, in fructu non essent; sicut ille a contrario innuit, et aperta ratio demonstrat, quoniam is tantum fructus naturalis est, quem res aliqua naturaliter ex se ipsa producit, cum a ferendo ipsum quoque fructus nomen sit derivatum“. „Naturaliter ex se ipsa producere“ bedeutet offenbar dasselbe, was man jetzt als „organisch erzeugen“ bezeichnet. Vgl. noch die Worte: „Generari lapides e terra frigefacta, geluque constricta docet Plutarchus ...“ (eod.).

als res in Frage kommen, durch die ihnen inwohnende organische Kraft, ihrer eigenen Substanz unbeschadet, erzeugt werden, und in sich den Anspruch auf Existenz als Einzelsachen tragen, inwiefern sie den Zwecken entsprechen, welche die Menschen mit der Anschaffung der Sache zu verbinden gewohnt sind“ (S. 20).

Nach Janke ist fructus „in der ursprünglichen Bedeutung der natürlichen Frucht das organische Erzeugniss einer zum Zwecke des Fruchtgewinnes bestimmten Sache“ (S. 5).

Die Meinung von Göppert ist schon im Titel seines Werkes ausgedrückt. Die ganze Schrift soll nur von den organischen Erzeugnissen handeln.

Der naturwissenschaftliche Begriff der organischen Erzeugnisse erklärt uns die an sich befremdende Thatsache, dass man in juristischen Abhandlungen die Fragen discutirt, welche auf den ersten Blick nur eine naturwissenschaftliche Bedeutung zu haben scheinen. Die älteren Rechtsgelehrten haben z. B. die Frage erörtert, ob die Mineralien und die Metalle die natürliehe Kraft besitzen, sich durch sich selbst zu ergänzen und fortzupflanzen wie die Thiere und die Pflanzen. Neuerdings hat man allgemeine Betrachtungen über die organische Zeugung angestellt, über den Unterschied zwischen männlicher und weiblicher Erzeugung, über die natürliche Ursache, warum das Erzeugniss dem mütterlichen, nicht aber dem väterlichen Organismus folgt u. s. w. — Ueber den Inhalt des Begriffes „organisches Erzeugniss“ finden wir eine eingehende Erörterung bei Göppert. Er zeigt, dass dieser Begriff nicht nur die Ergebnisse der organischen Z e u g u n g als der F o r t p f l a n z u n g s t h ä t i g k e i t im engeren Sinne umfasst. Vielmehr müssen wir zu den organischen Erzeugnissen auch diejenigen Producte der organischen Thätigkeit rechnen, welche als „Ausscheidung und Absonderung“ zu bezeichnen sind, wie die secernirte Milch, Haare u. s. w. (S. 12). Als secernirtes organisches Erzeugniss, also als Frucht, betrachtet Göppert auch den Dünger (S. 12 Anm. 1) im Gegensatze zu Unger, welcher den Dünger nicht als Frucht betrachtet, weil er unorganisch ausgeschieden wird.[1] „Der Mensch mag sogar, besonders bei Gewächsen, gewisse Theile, welche die Natur an sich nicht erzeugt, um sie nach einer gewissen Periode wieder als nunmehr unnütz geworden abzuwerfen, sondern damit sie dauernd dem Sachkörper angehören und dienen, willkürlich lostrennen, um

1) Unger, System des österreichischen allg. Privatrechtes § 56 Anm. 4.

sie für sich zu verwenden, sicher, dass die Muttersache dadurch keinen Nachtheil erleidet, sondern ihre Integrität durch abermalige Entwickelung gleicher Theile erneuern wird“ (S. 13). „Man denke z. B. an Schälwaldungen, an das Kappen der Weidenruthen. Gerade für solche Theile im Gegensatz zu denen, deren Wegnahme die Pflanze etc. verstümmelt, eignet sich das „renasci solere“ als Kriterium der Fruchteigenschaft in unsern Quellen“ (eod. Anm. 2). Auch die unorganischen Producte finden bei Göppert eine gastfreundliche Aufnahme in den Begriff der organischen Erzeugnisse. Die Begründung lautet: „Das Alterthum unterschied nicht in der uns geläufigen Weise zwischen Organischem und Unorganischem, sondern glaubte das Gestein im Boden in ähnlicher Weise lebend, wie Pflanze und Thier, und meinte, was wir vielleicht wohl bei Moor- und Torflagern zugeben, dass neue Schichten an Stelle der weggenommenen nachwachsen“ (S. 14). Diese Meinung betrachtet Göppert als naturwissenschaftlich unrichtig, aber er hält sich nicht für befugt, „als Bearbeiter eines positiven Rechtes, unsere bessere Erkenntniss physischer Erscheinungen und Verhältnisse zum Umsturz von Rechtssätzen zu benutzen, welche aus, wie wir jetzt sehen, mangelhafter Naturanschauung hervorgegangen sind“ (S. 15).

Was den letzten Punkt anbetrifft, nämlich die Hinzuzählung der F o s s i l i e n zu o r g a n i s c h e n Erzeugnissen, so bedarf er keiner Kritik. Selbst dann, wenn wir mit Göppert voraussetzen wollten, dass der römische Begriff der Frucht aus jener mangelhaften Naturanschauung der Römer hervorgegangen sei, so brauchten wir darum doch ihre naturwissenschaftlichen Irrthümer nicht zu recipiren. Man könnte ja ohne „Umsturz von Rechtssätzen“ die Früchte so definiren, dass sie neben den organischen Erzeugnissen auch noch andere Bestandtheile mitumfassten, wie das z. B. der Entwurf eines B.G.B.'s (§ 792) thut:

„Im Sinne des Gesetzes sind:

Früchte einer Sache die E r z e u g n i s s e der letzteren und d i e j e n i g e s o n s t i g e A u s b e u t e aus derselben, deren Gewinnung zur bestimmungsmässigen Nutzung der Sache gehört.“

Mit anderen Worten: wir würden das positive römische Recht über die Fossilien gar nicht ändern, wenn wir einfach sagten, dass die Früchte: 1. die Erzeugnisse der Sachen, 2. die Ausbeute der unorganischen Reichthümer des Grundstückes umfassen. Allein auch in dieser weniger auf die Spitze getriebenen und naturwissen-

schaftlich nicht absurden Gestalt ist die Theorie der Erzeugnisse nicht anzunehmen. Mit Recht bemerkt Eck [1] über den Begriff der Frucht: „Dies Wort bedeutet aber im Rechtssinne nach richtiger Auffassung nicht, wie wohl angenommen wird, jedes organische Erzeugniss einer Sache, sondern theils weniger, theils mehr.“ Obgleich organische Erzeugnisse, gehören nach den Quellen Sclavenkinder, Windbruch nicht zu den Früchten; obgleich unorganische Producte, gehören zu den Früchten: Steine, Sand, Kalk, Fossilien und Mineralien aller Art.

Die einseitige Auffassung, nach welcher alle Erzeugnisse Früchte sind, und welche bei Göppert und im Entwurf vertreten ist, verliert immer mehr und mehr an Credit. Man versucht gewöhnlich das naturwissenschaftliche Kriterium der organischen Erzeugung mit wirthschaftlichen Kriterien zu combiniren. Als die am meisten in den Lehrbüchern verbreitete Definition der Naturalfrüchte ist die von Puchta [1] aufgestellte zu bezeichnen.

Als Früchte gelten darnach diejenigen organischen Erzeugnisse, zu deren Gewinnung die Sache wirthschaftlich bestimmt ist. Daraus erklärt sich nämlich, warum die Windbrüche, der partus ancillae, die Obstbäume etc. keine Früchte sind.

Durch diese Hinzufügung des Erfordernisses der wirthschaftlichen Bestimmtheit verliert das naturwissenschaftliche Kriterium der organischen Abkunft zum Theil seine entscheidende Bedeutung. Die Theorien, welche theils wirthschaftliche, theils natürliche Merkmale der Frucht aufstellen, kann man eklektische nennen im Gegensatze zu den rein naturwissenschaftlichen Theorien.

Die Unzulänglichkeit der Theorie der organischen Erzeugnisse wird erst dann in vollem Umfange erhellen, wenn wir das ganze Gebiet des Fruchtrechtes übersehen haben werden. Indessen können wir schon an dieser Stelle über dieselbe prima facie Folgendes bemerken:

1. Da die unorganischen Producte Früchte und die organischen Erzeugnisse Nichtfrüchte sein können, so bildet die organische Abkunft kein allgemeines Unterscheidungsmerkmal für Früchte und Nichtfrüchte. Die Begriffsbestimmung und die Classificationen nach einem solchen Merkmal müssen nothwendig als Flickarbeit ausfallen, welche Ausnahmen und Zuthaten erfordert.

1) In Holtzendorff's Rechtslexicon, verbum Frucht.
2) Puchta, Pand. § 37.

2. Noch mehr: auch wenn wir annähmen, dass alle organischen Erzeugnisse Früchte, und alle unorganischen Producte Nichtfrüchte wären, müssten wir doch die Begriffsbestimmung der Früchte als organischer Erzeugnisse verwerfen. Denn eine wissenschaftliche Definition erfordert etwas mehr als eine Angabe der Merkmale, nach welchen man die Gegenstände unterscheiden könnte. Man muss die wesentlichen Merkmale auffinden, d. h. solche Merkmale, welche für die Bedeutung des Begriffes im Gebiete seiner Anwendung entscheidend sind. Obgleich die Reichsbanknoten nach ihren äusseren Merkmalen oder nach der Art ihrer Herstellung von andern Papierstücken unterscheidbar sind, wird doch kein Nationalökonom dieselben nach ihrer Farbe und anderen äusseren Merkmalen oder nach der Art der Fabrication definiren, sondern man muss das wirthschaftliche Wesen derselben angeben. Ebensowenig benützen die Naturforscher zur Classification diejenigen Merkmale der zu classificirenden Thiere, welche dieselben zwar von andern Thieren unterscheiden, aber für ihre Stellung im Thierreich unwesentlich sind. Ebenso unwesentlich, wie die äussere Form für die Definition der Banknoten, ist das Merkmal der organischen Abkunft für den wirthschaftlich-rechtlichen Begriff der Früchte. Denn für das Vermögensrecht sind nicht die Gesetze und Erscheinungen der Biologie, sondern die wirthschaftlich-socialen Erscheinungen von Wichtigkeit. Die Begriffe der Biologie und die Begriffe des Vermögensrechtes sind in diesem Sinne incommensurabel.

Auch wenn der biologische Begriff der organischen Erzeugnisse mit dem vermögensrechtlichen Begriff der Früchte nach dem Umfang zusammenfiele, müssten wir doch nach demjenigen wirthschaftlichen Merkmale der Erzeugnisse suchen, welches namentlich für das Civilrecht wichtig ist, nach derjenigen Eigenschaft der Erzeugnisse, welche ihre besondere Behandlung im Civilrecht erklärt. Durch diese Eigenschaft sind die Früchte zu charakterisiren, aber nicht durch naturwissenschaftliche Merkmale, welche keinen Rechtssatz über die Früchte zu erklären im Stande sind, weil sie aus einem dem Civilrechte ganz fremden Gebiete hergenommen sind. Wenn man den Uebergang gewisser Rechtsverhältnisse von der Hauptsache auf die Frucht dadurch erklärt, dass auch nach biologischen Gesetzen Eigenschaften des Mutterorganismus sich auf das Erzeugniss vererben, so ist das nur ein Bild, eine nichts erklärende Analogie, und auch diese ist bei der grössten licentia poëtica nicht

zutreffend; denn darnach müssten die Verhältnisse an dem geernteten Getreide sich nach den Verhältnissen derjenigen Pflanzen richten, aus deren Samen sich das fragliche Getreide organisch entwickelt hat. Im Civilrechte sind aber die Verhältnisse des Grundstückes, auf dem das Getreide gewachsen ist, von Wichtigkeit, und nicht die der Mutterpflanzen (ius soli, nicht aber ius seminis).

3. Die herrschende eklektische Begriffsbestimmung, welche zugleich die organische Abkunft der Frucht und die wirthschaftliche Bestimmung der Hauptsache betont, bildet ein mixtum compositum von ganz heterogenen Merkmalen, welche weder einzeln, noch in ihrem künstlichen Conglomerat das Wesen und den Umfang des Begriffes Frucht bestimmen können. Um zu erklären, warum nicht alle organischen Erzeugnisse Früchte sind, hat man den Satz aufgestellt, dass das Erzeugniss, um Frucht zu sein, von der Sache ihrer wirthschaftlichen Bestimmung gemäss hervorgebracht sein muss. Vor allem hat man dabei an die Sklavenkinder gedacht, welche ebenso wie Thierjunge organische Erzeugnisse und doch im Gegensatze zu den Thierjungen keine Früchte sind. Gegen diese enfants terribles unter den organischen Erzeugnissen ist hauptsächlich das erlösende Wort der wirthschaftlichen Bestimmung gerichtet. Früher hat man die Frage nach den Sklavenkindern dadurch beantwortet, dass es unsittlich wäre, den partus ancillae, welcher Mensch ist, als Frucht zu betrachten, weil natura rerum omnes fructus hominis causa comparavit (vgl. l. 28 § 1 D. de usur. 22, 1; § 37 J. de rer. div. 2, 1; l. 68 pr. D. de usufr. 7, 1). Diese Erklärung hat man in der neuesten Zeit verlassen, weil sie mit dem ganzen Institut der Sklaverei schlecht stimme. Ausserdem ist es auch nicht ersichtlich, warum es sittlicher wäre, das Sklavenkind nicht als Frucht, sondern als einen Gewinn anderer Art zu betrachten. Das Sklavenkind bleibt doch ein Sklave, d. h. existirt nicht für sich selbst, sondern für den dominus, mag es Frucht oder nicht Frucht sein. Eine bessere Erklärung glaubt man im Ausspruche von Ulpian in der l. 27 pr. D. de her. pet. 5, 3: „non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant“ gefunden zu haben. Die wirthschaftliche Bestimmung der Sklavinnen besteht eben nicht im Kindergebären. — Der Grundsatz der wirthschaftlichen Bestimmung soll auch andere Ausnahmen von der Regel erklären, nach welcher die organischen Erzeugnisse Früchte sind. Was ist aber unter der wirthschaftlichen Bestimmung einer Sache zu verstehen? Die Nationalökonomen verstehen darunter die

Bestimmung der Sache, den möglichst grossen und allseitigen Nutzen zu bringen. Das Princip der Wirthschaft besteht darin, dass mit den kleinsten Mitteln der grösste Nutzen erreicht werden soll. Wenn wir diesen Begriff auf die Sklavenkinder anwenden, so ergiebt sich, dass sie Früchte sein müssten, da sie auch den wirthschaftlichen Nutzen darstellen, welchen die Sklavinnen bringen. Hiernach muss man unter der wirthschaftlichen Bestimmung einer Sache in der Fruchtlehre etwas anderes verstehen, nämlich ihre Hauptbestimmung, den Hauptzweck, welchen man zu erreichen beabsichtigt, wenn man die Sache anschafft oder behält. Dann freilich kann man sagen, dass die Sklavenkinder keine Früchte sind, weil man die Sklavinnen hauptsächlich wegen ihrer Dienste, nicht aber wegen ihrer Kinder kauft. Die Sklavenkinder sind sozusagen Nebennutzen, nicht aber der Hauptnutzen der Sklavinnen. Diese Erklärung passt zwar auf die Sklavenkinder, verwirrt aber die sonstige Fruchtlehre. Darnach wären Früchte nur die Hauptprodukte der Sachen, nur diejenigen, welche hauptsächlich den Sachen ihren Werth verleihen, derentwegen man hauptsächlich die Sachen anschafft. Wohin aber würde ein solcher Grundsatz führen? Worin besteht der Zweck und der Sinn einer solchen Unterscheidung? Wo ist die Grenze zwischen dem Hauptnutzen und dem Nebennutzen? Dass eine solche Theorie den positiven Rechtssätzen widerspricht, ist zweifellos (vgl. unten § 9).

4. Die Unzulänglichkeit der herrschenden Theorie äussert sich auch darin, dass sie ausser den „eigentlichen Früchten“ auch die Früchte im weiteren, im uneigentlichen Sinne anerkennen muss. Dahin rechnet man die Mieths- und Pachtzinse, die Zinsen, die Frachtgelder etc., im Allgemeinen den Ertrag, welcher von einer Sache durch ein Rechtsgeschäft erzielt wird. Die herrschende Lehre bezeichnet diese Früchte im Gegensatze zu den Früchten im eigentlichen Sinne als fructus civiles. Die Ausbeute von Mineralien, die Jagd wird bald zu den Früchten im eigentlichen Sinne, bald zu den uneigentlichen Früchten gerechnet.[1] Die Unter-

---

1) Puchta z. B. rechnet die Jagd zu den juristischen Früchten (Pand. § 37 N. b). Ebenso Arndts Pand. § 55 Anm. 2. Sintenis (das pract. gem. Civ.-Recht Bd. I § 41 N. 22) scheint die Ausbeute an Mineralien nicht zu den Früchten zu rechnen. „Dass für den Niessbraucher an Marmorbrüchen eine Ausnahme geschieht, hat seinen Grund darin, weil ohne diese derselbe ganz nichtssagend und vergeblich wäre.“ Oft wird die Frage nach den Mineralien und der Jagd ganz mit Stillschweigen übergangen. So finden diese Gewinne keinen Platz in der Classification von Holzschuher (Theorie und Casuistik I § 35).

scheidung zwischen den mehr oder weniger eigentlichen Früchten hat nun an sich ein ganz unwissenschaftliches Aussehen. Anstatt der „uneigentlichen“ Begriffe und der Casuistik muss das gemeinsame Wesen aller Arten von Früchten in den Begriff der Frucht aufgenommen werden. Den in dieser Weise geschaffenen Gattungsbegriff kann man nachher, wenn nöthig, in species theilen. Man kann keine wissenschaftliche Classification, noch genaue und klare Begriffe schaffen, wenn man die Erscheinungen nach ihrer „Eigentlichkeit“ aufzählt, anstatt das ihnen Gemeinsame zu formuliren.

Aus der Unklarheit der Begriffe entsteht auch die Unsicherheit der einzelnen Sätze der Lehre. Namentlich führt die unklare und mangelhafte Formulirung des Inhaltes des Begriffes auch die Zweifel in Bezug auf den Umfang desselben herbei. Es wird z. B. darüber gestritten, ob die Jagd zu den Früchten gehört. Einige Schriftsteller rechnen den Jagdgewinn überhaupt nicht zu den Früchten, sondern nur zum Gewinn per occasionem rei. Andere stellen sehr verschiedene Voraussetzungen auf, unter welchen die Jagd als Frucht erscheinen kann.[1] Ebenso ist nicht unbestritten die Frage nach der Mineralausbeute. Auch die Miethszinse u. dgl. wollen einige Schriftsteller aus der Reihe der Früchte gänzlich ausschliessen.[2] Die abgegangenen Stücke aus einer Heerde betrachtet man bald als Früchte, bald als Nichtfrüchte. Einige Schriftsteller rechnen auch das Recht, die Sache zu verpfänden, zu den Früchten[3]; andere bestreiten diesen Satz.[4] Von den verschiedenen Arten des Sklavenerwerbes werden bald keine, bald acquisitiones ex operis servi et ex re (fructuarii etc.), bald nur acq. ex operis zu den Früchten gerechnet.[5] Darum ist die Bemerkung von Bekker,[6] dass „der Begriff der fructus an bedenklicher Principlosigkeit und darum Grenzunsicherheit“ leidet, vollkommen berechtigt. Unten werden wir uns noch überzeugen, dass gerade diejenigen Sätze, welche ausnahmsweise als unbestrittene Axiome gelten, z. B. dass

1) Vgl. Heimbach, S. 1 fg., S. 4 N. 1; Göppert, S. 27 fg.; Ihering, Abhandlungen S. 7; Mommsen, Erörterungen Heft 1 S. 60; Dernburg I § 78 Zur N. 5.
2) Heimbach S. 29 fg.; Mommsen S. 124 fg.; Stammler, Niessbrauch an Forderungen S. 61 fg.
3) Z. B. Arndts § 55 Anm. 2; Sintenis, Das practische Civilrecht § 41 N. 32; Unger, System I § 56 N. 36.
4) Heimbach S. 4 N. 1.
5) Heimbach S. 13 fg.; Göppert S. 28. 29; Salkowski, Sklavenerwerb S. 118 fg.
6) Bekker, Aktionen I S. 219 Anm. 29.

die Thierjungen, die Bäume eines zum Holzschlag bestimmten Waldes immer Früchte sind, dagegen die Bäume aus einem Obstgarten niemals Früchte sein können etc., zu allgemein gefasst oder gänzlich falsch sind. —

Neben der Theorie, welche das Wesen der eigentlichen Früchte im organischen Ursprung erblickt, kommen in der Literatur vereinzelt auch abweichende Begriffsbestimmungen vor, die andere Merkmale der Früchte als wesentliche betrachten.

Nach Brinz (P. I § 145):

„Eine Sacheinheit, welche durch Theilung, Trennung (Geburt, Abfall, Schnitt) aus einem Ganzen, dessen Theil sie bisher selbst war, heraus entsteht, ist die Frucht.“

Hölder (Pand. § 34) bezeichnet die Früchte einer Sache als „diejenigen Stücke derselben, deren Ablösung von der Sache der wirthschaftlichen Bestimmung dieser gemäss ist“.

Gleichfalls ohne Berücksichtigung der organischen Abkunft definirt Dernburg (I § 78) den Begriff fructus folgenderweise:

„Frucht — fructus — ist der regelmässige wirthschaftliche Ertrag, welcher aus einer Sache gewinnbar ist.“

Dieser Begriffsbestimmung folgt auch Czyhlarz.[1]

Die neueste Begriffsbestimmung von Wendt (Pand. § 35) lautet:

„Frucht (in fructu est, in fructu numeratur) wird jeder Ertrag einer Sache genannt, welchen sie ihrer Art und Bestimmung gemäss ohne Schmälerung ihrer Integrität (salva substantia) abzuwerfen im Stande ist.“

Von diesen Begriffsbestimmungen ist diejenige von Brinz zu ungenau und allgemein gefasst; die übrigen enthalten den unzweifelhaften Fortschritt gegenüber der herrschenden Lehre, dass sie nicht die naturwissenschaftlichen, sondern die wirthschaftlichen Kriterien zur Grundlage des Begriffs machen.

Das Ergebniss der vorliegenden Untersuchung nähert sich am meisten derjenigen Begriffsbestimmung, welche von Dernburg und Czyhlarz vertreten wird. Wir kommen zu dem Resultat, dass das Merkmal der wirthschaftlichen Bestimmung dem Wesen des Fruchtbegriffes nicht entspricht. In der regelmässigen Wiederkehr des Ertrages sehen wir dagegen ein wesentliches Merkmal des Fruchtbegriffes, welches viele Schwierigkeiten der Fruchtlehre zu

1) In der Fortsetzung von Glücks Commentar, Serie der Bücher 41 und 42 Bd. I S. 389 N. 100.

lösen vermag. Nur glauben wir, dass den Fruchtbegriff nicht die objectiven Merkmale und Erscheinungen, sondern die subjectiven Verhältnisse der Personen zu den wirthschaftlichen Gütern bestimmen. Eine entsprechende Aenderung erfährt bei uns auch das Princip der Regelmässigkeit.

§ 2. Persönlich-relative (subjective) Fruchttheorie.

Der Grundirrthum, welcher dem wissenschaftlichen Fortschritt der Fruchtlehre im Wege steht, die Schaffung einer einheitlichen und klaren Theorie unmöglich macht und alle Irrlehren, Zweifel und Streitigkeiten erzeugt, besteht unseres Erachtens darin, dass man in dem Begriff der Frucht die Bezeichnung für eine besondere Kategorie von Erscheinungen der objectiven Welt sieht. Die Lehre von den Früchten wird in der Rubrik von der Eintheilung der Sachen behandelt; man sucht nach den Merkmalen der Früchte, als einer besonderen Kategorie der Sachen. Die Fruchtqualität eines Objectes wird nur nach den objectiven naturwissenschaftlichen oder wirthschaftlichen Merkmalen bestimmt, ohne Rücksicht auf die subjectiven Verhältnisse der Person, welche die Fruchtqualität des Objectes zu ihren Gunsten geltend macht oder zu ihren Ungunsten anerkennen muss.

Dem gegenüber müssen wir von vornherein, bevor wir zur nähern Untersuchung über den Inhalt des Fruchtbegriffes schreiten, den Satz aufstellen: das Wesen des Fruchtbegriffes ist vielmehr in Verhältnissen der Personen zu den wirthschaftlichen Gütern und unter einander, nicht aber in der objectiven Natur der Sachen oder in objectiven Verhältnissen zwischen den Sachen zu suchen. Nur die relative, subjective,[1] nicht aber die absolute, objective Theorie der Früchte kann den Fortschritt in einzelnen Sätzen und die richtige Erkenntniss der allgemeinen Grundbegriffe herbeiführen.

1) Am genauesten könnte unsere Auffassung des Fruchtbegriffes durch den Ausdruck „persönlich-relativ" charakterisirt werden. Denn nach unserer Meinung drückt der Begriff Frucht eine Relation (ein Verhältniss) eines Gutes zu einer Person, zu einem Subject aus. Der Kürze wegen gebrauchen wir anstatt dessen die Ausdrücke relativ oder subjectiv. Der Satz „Frucht ist ein subjectiver Begriff" bedeutet also nicht mehr, als dass der Begriff Frucht auf ein (später genauer zu erörterndes) Verhältniss eines Dinges zu einem Subject hinweist. Dagegen darf der Ausdruck „subjectiv" nicht dahin missverstanden werden, als ob es sich um persönliche Ansichten oder willkürliche Handlungen eines Subjectes handelte. Wie wir uns unten (bei der Lehre von der Summission) überzeugen werden, hängt die Fruchtqualität (genauer das Fruchtverhältniss) eines Gutes in gewissen Fällen von den Willensacten einer Person ab; allein diese Erscheinung kommt nicht bei allen Arten der Früchte vor, also ist sie keineswegs ein allgemeines Merkmal des Fruchtbegriffes.

Dass für die rechtliche Behandlung eines wirthschaftlichen Gutes als Frucht namentlich die subjectiven Verhältnisse einer Person, nicht aber die objective Natur des Gutes wesentlich sind, können wir freilich a priori nicht nachweisen, denn unsere Quellen enthalten keinen allgemeinen Satz über das Wesen der Früchte, keine allgemeine Begriffsbestimmung, aus welcher wir im Wege der Deduction etwas gewinnen könnten. Desto sicherer können wir aber zu unseren Zwecken die Induction gebrauchen. Insbesondere können wir die wesentliche Bedeutung der persönlichen Verhältnisse der Parteien für den Fruchtbegriff aus folgenden einzelnen Erscheinungen ersehen:

1. Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras debere curatores incipiant. respondit omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur (l. 58 § 4 D. de adm. et per. 26, 7).

Hier sehen wir klar, dass dieselbe Summe Geld im Verhältnisse zu der einen Person als Frucht (usurae) und in dem zu der andern als Kapital (sors) bezeichnet und behandelt wird. Der tutor übergiebt das verwaltete Vermögen seinem Nachfolger in der Verwaltung, dem curator; er muss dabei das Kapital und die Zinsen abliefern. Im Verhältniss zum curator verwandeln sich diese Zinsen in Kapital, so dass auch von ihnen weiter Zinsen zu zahlen sind. Der tutor brauchte dagegen von der fraglichen Summe keine Zinsen zu zahlen, weil ein allgemeiner Grundsatz existirt, nach welchem die Früchte von den Früchten nicht zu prästiren sind. Durch den Uebergang der Kapitalsumme 1000 und der Zinsensumme 100 vom Vormund auf den curator wird doch in der objectiven Natur und dem wirthschaftlichen Verhältniss zwischen diesen beiden Summen nichts geändert. Die Thatsache, dass die Summe 100 nach ihrem Ursprung den Ertrag von der Summe 1000 bildet, kann durch den persönlichen Wechsel der Verwalter nicht ungeschehen gemacht werden. Wir bemerken also, dass hier alle von

lösen vermag. Nur glauben wir, dass den Fruchtbegriff nicht die objectiven Merkmale und Erscheinungen, sondern die subjectiven Verhältnisse der Personen zu den wirthschaftlichen Gütern bestimmen. Eine entsprechende Aenderung erfährt bei uns auch das Princip der Regelmässigkeit.

§ 2. Persönlich-relative (subjective) Fruchttheorie.

Der Grundirrthum, welcher dem wissenschaftlichen Fortschritt der Fruchtlehre im Wege steht, die Schaffung einer einheitlichen und klaren Theorie unmöglich macht und alle Irrlehren, Zweifel und Streitigkeiten erzeugt, besteht unseres Erachtens darin, dass man in dem Begriff der Frucht die Bezeichnung für eine besondere Kategorie von Erscheinungen der objectiven Welt sieht. Die Lehre von den Früchten wird in der Rubrik von der Eintheilung der Sachen behandelt; man sucht nach den Merkmalen der Früchte, als einer besonderen Kategorie der Sachen. Die Fruchtqualität eines Objectes wird nur nach den objectiven naturwissenschaftlichen oder wirthschaftlichen Merkmalen bestimmt, ohne Rücksicht auf die subjectiven Verhältnisse der Person, welche die Fruchtqualität des Objectes zu ihren Gunsten geltend macht oder zu ihren Ungunsten anerkennen muss.

Dem gegenüber müssen wir von vornherein, bevor wir zur nähern Untersuchung über den Inhalt des Fruchtbegriffes schreiten, den Satz aufstellen: das Wesen des Fruchtbegriffes ist vielmehr in Verhältnissen der Personen zu den wirthschaftlichen Gütern und unter einander, nicht aber in der objectiven Natur der Sachen oder in objectiven Verhältnissen zwischen den Sachen zu suchen. Nur die relative, subjective,[1] nicht aber die absolute, objective Theorie der Früchte kann den Fortschritt in einzelnen Sätzen und die richtige Erkenntniss der allgemeinen Grundbegriffe herbeiführen.

1) Am genauesten könnte unsere Auffassung des Fruchtbegriffes durch den Ausdruck „persönlich-relativ“ charakterisirt werden. Denn nach unserer Meinung drückt der Begriff Frucht eine Relation (ein Verhältniss) eines Gutes zu einer Person, zu einem Subject aus. Der Kürze wegen gebrauchen wir anstatt dessen die Ausdrücke relativ oder subjectiv. Der Satz „Frucht ist ein subjectiver Begriff“ bedeutet also nicht mehr, als dass der Begriff Frucht auf ein (später genauer zu erörterndes) Verhältniss eines Dinges zu einem Subject hinweist. Dagegen darf der Ausdruck „subjectiv“ nicht dahin missverstanden werden, als ob es sich um persönliche Ansichten oder willkürliche Handlungen eines Subjectes handelte. Wie wir uns unten (bei der Lehre von der Summission) überzeugen werden, hängt die Fruchtqualität (genauer das Fruchtverhältniss) eines Gutes in gewissen Fällen von den Willensacten einer Person ab; allein diese Erscheinung kommt nicht bei allen Arten der Früchte vor, also ist sie keineswegs ein allgemeines Merkmal des Fruchtbegriffes.

Dass für die rechtliche Behandlung eines wirthschaftlichen Gutes als Frucht namentlich die subjectiven Verhältnisse einer Person, nicht aber die objective Natur des Gutes wesentlich sind, können wir freilich a priori nicht nachweisen, denn unsere Quellen enthalten keinen allgemeinen Satz über das Wesen der Früchte, keine allgemeine Begriffsbestimmung, aus welcher wir im Wege der Deduction etwas gewinnen könnten. Desto sicherer können wir aber zu unseren Zwecken die Induction gebrauchen. Insbesondere können wir die wesentliche Bedeutung der persönlichen Verhältnisse der Parteien für den Fruchtbegriff aus folgenden einzelnen Erscheinungen ersehen:

1. Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras debere curatores incipiant. respondit omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur (l. 58 § 4 D. de adm. et per. 26, 7).

Hier sehen wir klar, dass dieselbe Summe Geld im Verhältnisse zu der einen Person als Frucht (usurae) und in dem zu der andern als Kapital (sors) bezeichnet und behandelt wird. Der tutor übergiebt das verwaltete Vermögen seinem Nachfolger in der Verwaltung, dem curator; er muss dabei das Kapital und die Zinsen abliefern. Im Verhältniss zum curator verwandeln sich diese Zinsen in Kapital, so dass auch von ihnen weiter Zinsen zu zahlen sind. Der tutor brauchte dagegen von der fraglichen Summe keine Zinsen zu zahlen, weil ein allgemeiner Grundsatz existirt, nach welchem die Früchte von den Früchten nicht zu prästiren sind. Durch den Uebergang der Kapitalsumme 1000 und der Zinsensumme 100 vom Vormund auf den curator wird doch in der objectiven Natur und dem wirthschaftlichen Verhältniss zwischen diesen beiden Summen nichts geändert. Die Thatsache, dass die Summe 100 nach ihrem Ursprung den Ertrag von der Summe 1000 bildet, kann durch den persönlichen Wechsel der Verwalter nicht ungeschehen gemacht werden. Wir bemerken also, dass hier alle von

uns überblickten Begriffsbestimmungen der Früchte sich als ungenau erweisen. Wenn der curator sich auf diese Begriffsbestimmungen stützen und die Behandlung der Summe 100 nach den Regeln über die Früchte fordern wollte, würde er eine Enttäuschung erfahren. Obwohl die Summe 100 Ertrag von 1000 ist, bildet sie im Verhältniss zum curator nicht fructus pecuniae, sondern Kapital. — Dieselbe Erscheinung, wie bei dem Uebergang der Verwaltung vom tutor auf den curator, beobachten wir in dem Falle, wenn die Verwaltung des Mündelvermögens von dem einen tutor auf den anderen tutor übertragen wird. Hier gilt gleichfalls der Satz: quod nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit (d. h. im Verhältniss zu der Person des neuen Inhabers) totum sortis vice fungitur vel fungi debet (l. 58 § 1 de adm. et per.).

2. Jemand bekommt zum Niessbrauch oder kauft bona fide ein Landgut mit allem, was in den Speichern ist. Obgleich in den Speichern lauter organische Erzeugnisse, welche der wirthschaftlichen Bestimmung gemäss erzeugt sind, sich befinden, obgleich diese Erzeugnisse den Ertrag des Landgutes bilden, werden sie doch gewiss nicht als Früchte, sondern als Kapital, res fructuariae, bona fide possessae im Verhältniss zum Niessbraucher oder gutgläubigen Käufer behandelt werden. Der bonae fidei emptor des Gutes nebst den Producten, der die letzteren aus den Speichern verkauft, macht den Käufer nicht zum Eigenthümer. Der Niessbraucher muss nach Beendigung seines Rechtes eine gleiche Quantität von Producten dem Proprietar zurückgeben. Die Richtigkeit dieser Sätze ist so selbstverständlich, dass die Quellen keine directen Entscheidungen für solche Fälle enthalten. Es versteht sich von selbst, dass das Getreide in den Speichern im Verhältniss zum Niessbraucher oder gutgläubigen Käufer des Grundstückes als Kapitalsache behandelt wird. Dass diesen Personen gegenüber nur dasjenige nach den Regeln über die Früchte behandelt werden kann, was sie nach dem Beginn ihres Verhältnisses (des Niessbrauches, der bona fide possessio) gewinnen, folgt übrigens indirect aus den Regeln: bona fide possessor separatione, usufructuarius perceptione fructus suos facit. Was bei ihren Vorgängern in der Wirthschaft separirt oder percipirt wurde, kann als Frucht nur diesen Vorgängern gegenüber, nicht aber gegenüber dem Niessbraucher und Besitzer behandelt werden.

3. Ein Unberechtigter setzt sich in den Besitz einer Erbschaft, welche ein Landgut und eine Geldsumme enthält. In den Speichern

des Gutes befinden sich das Getreide, Stroh, Obst, Holz und andere organische oder unorganische Erzeugnisse, welche der Erblasser vor seinem Tode vom Grundstücke gewonnen hat. Die Geldsumme ist beim Erblasser zum grossen Theil aus den von ihm gewonnenen Pachtzinsen oder Geldzinsen erwachsen. — Das Verhältniss dieser Güter zum Erblasser ist für den Besitzer der Erbschaft gleichgültig. Das in den Speichern enthaltene Getreide, das Geld in der Kasse bilden für ihn ein Kapital der Erbschaft, die res hereditariae, die pecunia hereditaria (vgl. l. 6 D. de iure delib. 28, 8: Igitur si quidem in hereditate sit vinum oleum frumentum numerata pecunia . . .), aber keine Früchte. Das vom Erblasser gewonnene Getreide konnte zwischen ihm und seiner Gegenpartei als fructus behandelt werden. Zwischen dem Erbschaftsbesitzer und dem Erben wird das Getreide als Kapital behandelt. Auch dies ist selbstverständlich, so dass die Quellen keine ausdrückliche Bestimmung darüber treffen. Ebenso selbstverständlich ist der Satz, dass zwischen dem Universalfideicommissar und dem Erben dasjenige nicht als Frucht behandelt wird, was der Erblasser an Erträgnissen gewonnen hat. Die vom Erblasser gesammelten Einkünfte bilden dem Vermächtnissträger gegenüber das erbschaftliche Kapital. Die Quellen entscheiden besonders nur zwei andere Fragen, welche zweifelhafter erscheinen:

a. Werden diejenigen Früchte, welche die hereditas jacens (d. h. ihr Verwalter) gewonnen hat, dem Vermächtnissträger gegenüber gleichfalls als Früchte oder als Kapital behandelt? Im ersteren Falle würden sie dem Vermächtnissträger verbleiben; im letzteren Falle sind sie dem Vermächtnissgläubiger herauszugeben. Die Quellen entscheiden sachgemäss, dass die vor dem Erbschaftserwerb von der hereditas jacens gewonnenen Früchte dem onerirten Erben gegenüber den Gegenstand der Restitution, d. h. Kapital bilden.[1] Die herrschende Lehre findet in diesem Satze eine besondere Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass die Früchte dem Vermächtnissschuldner verbleiben.[2] Consequent müsste sie noch eine zweite Ausnahmevorschrift aufstellen: auch diejenigen Früchte muss der Erbe herausgeben, welche der Erblasser gewonnen hat! Beides wird erfordert durch dieselbe falsche Theorie, welche die Fruchtqualität nicht nach subjectiven Verhältnissen, sondern

1) L. 28 § 1 D. ad sctum Treb. 36, 1.
2) Vgl. z. B. Mommsen, Erörterungen Heft 1 S. 38; Windscheid III § 665 N. 6.

lediglich nach objectiven Merkmalen bestimmt. Die richtige Formulirung der Erscheinung ist vielmehr folgende: Der Universalfiduciar lucrirt alle Früchte. Dass er die durch den Erblasser (vor dem Tode) und durch die hereditas jacens (vor dem Erbschaftserwerb) gewonnenen Früchte restituirt, ist keine Ausnahme, da dasjenige, was für den Erblasser oder die hereditas jacens Frucht bedeutet, für den Erben keine Frucht, sondern Kapital ist.

b. Sind die Miethszinse, Zinsenforderungen etc., wenn die Contracte vom Erblasser (oder vom Vertreter der hereditas jacens) geschlossen wurden, dem onerirten Erben gegenüber als fructus oder als Kapital zu behandeln?

Dass die zur Zeit des Erbschaftserwerbes rückständigen Zinsen, Miethszinse, Pachtzinse[1] etc. Kapital sind, wissen wir schon aus dem oben Gesagten. Die römischen Juristen sind aber weiter gegangen. Nach ihrer Ansicht gehören die Forderungen aus den vom Erblasser geschlossenen Contracten dem Erben gegenüber zum Erbschaftskapital, auch wenn die Zinsen, Miethszinse etc. erst nach dem Tode des Erblassers fällig werden.

Papinianus libro septimo responsorum. Uxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur. igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur (l. 24 pr. D. de usu et usu fr. 33, 2).

Uebrigens sind wir mit der Entscheidung nicht ganz einverstanden. Richtiger wäre es u. E. diejenigen Zinsen, welche der Zeit von dem Erbschaftsantritt bis zur Erfüllung des Vermächtnisses (oder mora, l. cont.) entsprechen, immer als Einkommen des Erben zu betrachten. Auch hat Papinian seine Meinung nicht stets consequent durchgeführt:

Qui post tempus hereditatem restituere rogatur, usuras a debitoribus hereditariis perceptas, quarum dies post mortem creditoris cessit, restituere non cogitur: quibus non exactis omnium usurarum actio (nam hereditaria stipulatio fuit) ex Trebelliano transfertur,

1) Vgl. über die reliqua colonorum l. 91 pr., l. 97 D. de leg. 32.

et ideo nec indebiti repetitio erit (l. 60 § 2 D. ad sctum Treb. 36,1 von Papinianus).

Hier tritt die Meinung von Papinian in einer viel milderen Gestalt auf. Jedenfalls behält der Fiduciarerbe die Zinsen als fructus dann, wenn er dieselben percipirt hat. Nur dann werden die Zinsen als Kapital behandelt, wenn sie rückständig geworden, nicht einkassirt sind. Dass die Begründung (nam hereditaria stipulatio fuit) nicht ganz stichhaltig ist, beweist Papinian selbst, indem er den Erben die von ihm einkassirten Zinsen behalten lässt. Wenn die Zinsenforderung im ganzen Umfange zum Erbschaftskapital gehören würde, dann müsste man auch die vom Erben percipirten Zinsen als Kapital behandeln. Der theoretische Irrthum liegt unseres Erachtens in den Worten stipulatio hereditaria fuit. Wenn Papinian an das Kapitalverhältniss nicht der stipulatio, sondern genauer der materiellen Ansprüche aus der Stipulation gedacht hätte, so würde er gewiss anders entschieden haben. Es ist zwar ganz richtig, dass diejenigen Zinsenforderungen, welche der Erbe bei dem Erbschaftserwerb als existent vorfindet, zum erbschaftlichen Kapital gehören (hereditariae fuerunt). Es ist aber unrichtig, dass zum Erbschaftskapital auch dasjenige gehört hat, was erst nach dem Erbschaftsantritt entstanden ist; dieser Art sind die erst nach demselben entstandenen Zinsenansprüche, obwohl die stipulatio selbst hereditaria fuit. Auch vom practischen Standpunkt erscheint die Entscheidung Papinians nicht angerathen. Denn der Erbe wird alles mögliche thun, um die Bestimmung, dass Rückstände zum Kapital gehören, für sich unschädlich zu machen. Er wird den Schuldner zur Zahlung drängen oder eine Novation mit ihm schliessen, oder den Process mit ihm beginnen. Wozu ein Gesetz, welches die rechtskundigen Leute nach ihrem Belieben für sich ausser Anwendung setzen können?[1]

1) Im Uebrigen ist noch in Bezug auf die obigen Stellen von Papinian Folgendes zu bemerken. Man könnte gegen die Entscheidung nichts einwenden, wenn der Jurist die Zinsenansprüche zwar formell ex scto Treb. auf den Fideicommissar übergehen liesse, dem Erben aber eine Hilfe gegen diese Consequenz gewährte (vgl. unten l. 46 § 1 D. ad sctum Treb. [heres] desiderat refundere me aut concedere et actiones usurarum). Er geht aber weiter (et ideo nec indebiti repetitio erit). — Uebrigens ist der Thatbestand in der l. 60 § 2 ad sctum Treb. und in der l. 24 pr. D. de usu et usu fr. cit. insoweit verschieden, als in der ersteren Stelle ein fideicommissum post tempus praestandum, in der letzteren dagegen ein legatum usufructus purum vorausgesetzt ist. Diesen Unterschied haben wir darum nicht berücksichtigt, weil in Bezug auf die Fruchtfrage nicht die Fälligkeit, sondern der Eintritt der mora oder der Processbeginn entscheidet.

Ebenso wie Papinian hat die Frage auch Marcellus entschieden (l. 46 § 1. D. ad sctum Treb. 36, 1). Ein Universalfideicommissar hat vor ihm Folgendes ausgeführt:

. . . desidero verbo tenus mihi restitui hereditatem, ut ex Trebelliano senatus consulto agenti et ex eo competentibus actionibus etiam usuras debitas ex mortis die in tempus restitutionis persequar: item quaero et de pensionibus, quia locationum obligatio in hereditate fuit. ab herede fructus nullos peto, sed illa (die Erbin) desiderat refundere me aut concedere et actiones usurarum et pensionum: non possum persuadere hereditatis appellatione, quam rogata erat mihi restituere, etiam hanc stipulationem usurarum ad me pertinere.

In diesen Ausführungen wird derselbe formalistische Standpunkt vertreten, dass die Pachtzins- und Zinsenforderungen nicht zu den fructus hereditatis, sondern zu der Erbschaft selbst, zum Kapital, gehören, weil die obligatio selbst mit der Erbschaft auf den Erben übergegangen ist.

Marcellus hat darauf eine zustimmende Antwort ertheilt.[1]

1) Welche ihm wegen der Verworrenheit und der Widersprüche in der Begründung gewiss keine Ehre bringt. Dieselbe lautet: respondi: omnia haec hereditatis appellatione continentur: quantum enim quod ad hoc refert, inter haec ceteraque, quae sub condicione sunt promissa aut in annos singulos vel menses, nihil interest. sane pro fructu rei, quae hereditate continetur, haec cedunt, nec fructus fideicommissarium sequitur, si mora non intercessit. sed quia non ut heres fideicommissum, ut sic dixerim, suppleat postulet, sed qualis nunc est hereditas, desideret restitui sibi, nequaquam id debet heres recusare: nam et quodammodo in partem hereditatis senatus recipi voluit fideicommissarium et haberi heredis loco, pro qua parte ei restituta esset hereditas. sed cum hereditarios nummos faeneravit aut ex fundis fructus percepit, nihil eo nomine praestat ei, cui hereditas per fideicommissum relicta est, si non intercessit mora, scilicet quia suo periculo faeneravit colendove fundo vel in cogendis fructibus insumpsit operam: nec aequum erat alterius, ut sic dixerim, procuratorem constitui. nullum autem impendium vel opera intercedit heredis, cum his modis, de quibus est quaesitum, augmentum hereditas recepit. In jedem Theil dieser Argumentation ist ein verschiedener Gesichtspunkt vertreten:

a) Die fraglichen Forderungen gehören zum herauszugebenden Erbschaftskapital, weil zwischen ihnen und andern bedingten oder auf einzelne Jahre oder Monate vertheilten erbschaftlichen Forderungen kein Unterschied besteht (petitio principii).

b) Doch es besteht ein Unterschied (sane etc.), weil diese Forderungen als Früchte des Erbschaftskapitals erscheinen. Der Bedachte könnte dieselben mit dem vermachten Kapital vom Erben nicht fordern, wenn er ein gewöhnlicher Fideicommissar wäre. Bei dem Universalfideicommiss, wo der Bedachte gleichsam selbst zum Erben werden soll, muss die Erbschaft in ihrem jetzigen Bestande restituirt werden. Dahin gehören auch die fraglichen Forderungen. (Also wiederum sind sie keine fructus hereditatis, sondern die Theile der hereditas selbst, d. h. das Kapital!)

c) Wenn der Erbe selbst das Geld ausgeliehen, oder die Grundstücke bearbeitet hätte, dann würde er den Gewinn als Früchte behalten, weil er die Gefahr trägt und seine Arbeit verwendet. Wenn dagegen der Erblasser

4. Analog wie in den erörterten 3 Fällen ist zu behaupten, dass bei dem Kauf, bei der Hingabe zur Dos . . ., wenn sie sich z. B. auf eine Kuh mit ihrem Kalb oder auf ein Landgut mit seinen aufbewahrten Producten beziehen, das Kalb und die Producte des Landgutes dem Käufer, dem Ehemann gegenüber als Kapital (res dotales, emptae), nicht aber als fructus behandelt werden.

Bei denjenigen Verhältnissen dagegen, wo der Nachfolger in der Wirthschaft als Vertreter des Vorgängers behandelt wird, erscheint dasjenige, was dem Vorgänger gegenüber als Frucht gelten würde, auch in den Verhältnissen des Nachfolgers als Frucht. Wenn der Erblasser einem Dritten eine Sache und die von ihr gewonnenen Früchte zu leisten verpflichtet war, erfüllt der Erbe diese Verpflichtungen nach denselben Grundsätzen, als wenn kein Besitzwechsel stattgefunden hätte. Was dem Erblasser gegenüber als Frucht galt, kann der Erbe bei seiner Auseinandersetzung mit dem Gläubiger als Frucht geltend machen. Insbesondere kann der Gläubiger nicht behaupten, dass der Erbe von den vom Erblasser gewonnenen oder versäumten Zinsen seinerseits Zinsen zu leisten habe. Dieser Satz, dessen Richtigkeit wir wohl nicht zu beweisen brauchen,[1] bedeutet, dass der Erbe auch in die Fruchtverhältnisse des Erblassers succedirt.

Aus dem Obigen folgt, dass derselbe Gegenstand, z. B. ein Thier, dem onerirten Erben gegenüber bald als fructus, bald als res (Kapital) behandelt werden kann, je nach der Person, mit welcher er zu thun hat:

Wenn wir annehmen, dass der Erblasser eine Kuh verkauft, und diese Kuh bei seinen Lebzeiten oder nach seinem Tode vor dem Erbschaftsantritt ein Kalb geworfen hat, so wird

die verzinsliche Anlage oder die Verpachtung vorgenommen hat, dann trifft dieser Gesichtspunkt nicht zu. — Dieser letzte Gesichtspunkt, welchen der Jurist mit den zwei grundverschiedenen ersteren noch zur Hilfe nimmt, scheint ihm übrigens noch nicht zu genügen. Er fügt noch hinzu, dass es unbillig erscheint, den Erben zum Geschäftsführer des Bedachten zu machen. — Die erste Begründung enthält in einer verworrenen Gestalt dasselbe, was der Interessent klar und einfach ausgesprochen hat. Am gefährlichsten nach seinen praktischen Consequenzen ist der letzte Theil. Wohin würde das führen, wenn man immer die Zinsen demjenigen gewährt hätte, welcher die Gefahr der Ausleihung trägt (mora) und die Miethszinse demjenigen, welcher die Mühe der Vermiethung übernimmt? Diesen Theil können wir schon aus dem Grunde zu keinen allgemeinen Schlüssen gebrauchen, weil er den Ausführungen von Papinian widerspricht. Nach Papinian verbleiben die einkassirten Zinsen und Miethszinse dem Erben, obwohl die Kontrakte nicht von ihm geschlossen wurden.

1) Vgl. l. 2 C. de pet. her. 3, 31; l. 1 Cod. Theod. de fruct. 4, 18; l. 2 C. de fruct. 7, 51.

vom Erben der Käufer das Kalb als fructus, der Fideicommissar als Kapital fordern. Eigentlich ist das Kalb dem Erben gegenüber ebenso res hereditaria, wie andere Kapitalsachen. Die Kaufobligation des Erblassers ist aber in allen ihren Folgen auf ihn übergegangen, sodass auch das Fruchtverhältniss sich vererbt hat. Bei den Verhältnissen dagegen, welche erst in der Person des Erben beginnen, kommt das Kapitalverhältniss des Kalbes zur Geltung.

Aus den obigen Beispielen können wir folgenden Satz abstrahiren: wenn ein Gegenstand einer Person gegenüber als Frucht betrachtet wird, gilt er auch dem Nachfolger dieser Person gegenüber als Frucht, falls auf den Nachfolger das Verhältniss des Vorgängers übergeht (ausser der Vererbung der Rechtsverhältnisse gehört dahin auch die Uebertragung der Schuld, die Vertretungsverhältnisse). Wenn dagegen in der Person des Nachfolgers in der Wirthschaft ein neues Verhältniss entsteht, so gilt der Gegenstand ihm gegenüber nicht als Frucht.

Neben der angeführten Kategorie der Beispiele, welche auf den engen Zusammenhang des Fruchtbegriffes mit den persönlichen Verhältnissen der Parteien hinweisen, ist eine andere Kategorie der Erscheinungen zu beachten, bei welcher das Fruchtverhältniss sogar ohne Uebergang der Güter in neue Hände aufgehoben wird.

1. Es kommen Fälle vor, wo kraft einer Rechtsbestimmung das bisherige Verhältniss der Person zu gewissen wirthschaftlichen Gütern aufgehoben wird, um durch ein neues Verhältniss ersetzt zu werden. Diejenigen Güter, welche bisher ihrem Inhaber gegenüber als Früchte gegolten haben, werden im neuen Verhältniss derselben Person gegenüber als Kapitalsachen behandelt.

Ein anschauliches Beispiel dafür finden wir im Gebiete der Dotalverhältnisse. Wenn nämlich vor dem Abschluss der Ehe ein Kapitalstück, z. B. ein Landgut, zur Dos gegeben ist, so erfolgt mit dem Augenblicke der Eheschliessung eine wichtige Aenderung des Verhältnisses des Ehemannes zum Gegenstand der Dos. Vor dem Abschluss der Ehe verhält sich nämlich der Bräutigam zu der ihm übergebenen Sache (auch in dem Falle, wenn das Eigenthum übertragen ist) materiell wie zu dem fremden Kapital, welches er in fremdem Interesse verwaltet. Er bezieht die Einkünfte von dem Landgut, diese Einkünfte bilden aber nicht sein lucrum. Wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, muss er fundum et fructus restituiren. Mit dem Abschluss der Ehe wird nun dieses Verhältniss

aufgehoben und durch das Dotalverhältniss ersetzt. Von diesem Augenblicke verwandeln sich die bisherigen Früchte in das Kapital der Dos (res dotales). Der Mann lucrirt die Einkünfte von diesen ehemaligen fructus, welche jetzt dotal sind, sie selbst muss er aber in gleicher Quantität nach Auflösung der Ehe mit den übrigen Kapitalien zurückgeben. Diese Verwandlung der Früchte in das Dotalkapital nennen die Quellen conversio fructuum in dotem.

Si fructus constante matrimonio percepti sint, dotis non erunt: si vero ante nuptias percepti fuerint, in dotem convertuntur (l. 7 § 1 D. de i. d. 23, 3).

Die Umwandlung der Früchte in das Kapital im Verhältniss zu derselben Person kraft einer allgemeinen Rechtsbestimmung kann auch bei andern Rechtsverhältnissen vorkommen. Wenn Jemand ein fremdes Landgut als Mandatar verwaltet und nachher ohne Restitution desselben zum gesetzlichen Niessbraucher wird, so ist zu entscheiden, dass die bisherigen Einkünfte des Landgutes seit der Entstehung des Niessbrauches zum Niessbrauchskapital werden.

2. Eine analoge Erscheinung kommt auch dann vor, wenn ein Rechtsverhältniss durch einen Vertrag aufgehoben und durch ein neues ersetzt wird, z. B.:

a) Der Principal berechnet das Kapital und die Zinsen, welche ihm vom Mandatar geschuldet werden, und lässt sich auf die gesammte Summe einen Wechsel ausstellen. Für das Kapitalverhältniss der ganzen Valuta, insbesondere für die Berechnung der Protestzinsen hat es keine Bedeutung, dass durch den Wechsel auch die Zinsen in das Kapital verwandelt wurden. Ebenso ist nach römischem Recht zu entscheiden, dass die Urtheilszinsen auf Grund einer Novationsstipulation von der gesammten Summe zu zahlen sind, obgleich die Summe der Stipulation aus dem Kapital und den Zinsen eines novirten Verhältnisses entstanden ist.

b) Der Besitzer eines fremden Landgutes A. vergleicht sich mit dem Eigenthühmer B. durch folgende Verabredungen:

α. Im Verhältniss zum Landgut und zu den dem B. gehörenden Viehstücken gilt A. vom Augenblicke des Vertrages als Pächter und bezahlt so und so viel Pachtzins. *β*. Im Verhältniss zu den vom Landgut gewonnenen Früchten gilt A. als Darlehnsschuldner und bezahlt so und so viel Zinsen.

Durch diesen Vertrag verwandeln sich 1. diejenigen Viehstücke,

welche A. als Früchte zurückerstatten sollte, in Pachtkapital (res conductae). 2. Die übrigen fructus verwandeln sich in das Darlehnskapital (sors, caput) und bringen dem B. die Einkünfte (usurae).

c) Nach dem modernen Recht wird von dem Vormund eine periodische Rechnungslegung gefordert. Es ist zu entscheiden, dass jede solche Abrechnung die berechneten und genehmigten Einkünfte in Kapital verwandelt. Wenn z. B. der Vormund am Anfang des Jahres 1000 zu verwalten hatte und am Ende des Jahres 90 als Zinsen festgestellt wurden, so müssen im nächsten Jahre die Zinsen von 1090 berechnet werden. —

In allen bisher erörterten Fällen haben wir vorausgesetzt, dass die Sache, von welcher ein Ertrag gewonnen ist, zum Kapital des fraglichen Rechtsverhältnisses gehört. Wir haben uns überzeugt, dass der Ertrag einer solchen Sache zwischen den Parteien des betreffenden Verhältnisses dann als fructus behandelt wird, wenn dieser Ertrag in die Zeit des Verhältnisses fällt, welches nunmehr liquidirt wird. Das Fruchtverhältniss eines Gegenstandes bestimmt sich also durch das Verhältniss der Partei zu einem andern Gegenstand, zum Kapital.

Wie aber, wenn die Sache, von welcher der Ertrag von einer Partei gewonnen ist, gar nicht als Kapital des betreffenden Verhältnisses erscheint, wenn sie, so zu sagen, ausser dem Rechtsverhältnisse steht, als ein fremder Körper im Rechtsverhältnisse auftritt? Dann wird der gewonnene Ertrag zwischen den Parteien nicht als fructus behandelt, sondern als Kapital. Z. B.:

1. Nach dem römischen Rechte sind bekanntlich die Schenkungen zwischen Mann und Frau verboten. Die Bereicherung aus dem Geschenke kann von dem Schenker zurückgefordert werden. Dies bezieht sich nur auf das Kapital, nicht aber auf die Früchte:

> et Julianus significat fructus quoque et usuras licitam habere donationem (l. 17 pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1).

Eine abweichende Meinung hat übrigens Pomponius vertreten, welcher den beschenkten Ehegatten ebenso wie den bona fide possessor einer Sache behandelt, insbesondere denselben nur die durch seine Arbeit erzielten Früchte erwerben lässt, da nach seiner Meinung nur diese Früchte dem b. f. possessor gehören können. Diese in zwiefacher Beziehung eigenthümliche Meinung des Pomponius ist in der berüchtigten l. 45 D. de usur. 22, 1 enthalten.

Diesen beiden Meinungen scheint nun die l. 8 C. de don. i. v. et u. 5, 16 [1] zu widersprechen:

Si fructus eorum praediorum, quae in dotem accepisse te dicis, matrimonii tempore uxorem tuam percipere passus es eosque uxor tua absumpsit, restitui tibi post divortium oportere nulla ratione contendis. sin autem ab his locupletior facta est, in tantum potest conveniri.

Man sucht nun die Stelle von Pomponius durch diese Codexstelle zu erklären; und zwar führt man aus, dass die fructus mere naturales eine Bereicherung herbeiführen, also unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten fallen, dagegen die fructus industriales gültig geschenkt sind, weil auf ihre Erzeugung der beschenkte Ehegatte Aufwendungen aus seinem Vermögen gemacht hatte.

Wir haben schon an anderem Orte [2] gezeigt, dass die Antinomie der Stelle von Pomponius auf geschichtlichem Wege sicher gelöst werden kann, dass die Stelle aber keine praktische Bedeutung mehr hat. Dagegen müssen die l. 17 pr. D. cit. und die l. 8 C. auf dogmatischem Wege vereinigt werden. Der anscheinende Widerspruch besteht darin, dass nach der Digestenstelle die Früchte immer dem Beschenkten verbleiben sollen, nach der Codexstelle dagegen die Bereicherung durch die Früchte herausgegeben werden muss. Nach dem Codex werden also die Früchte nach denselben Regeln wie das geschenkte Kapital behandelt. Der Widerspruch ist nun dadurch zu beseitigen, dass man die fructus in der Codexstelle als Kapital, nicht aber als fructus dem Beschenkten gegenüber anerkennt. Nach der herrschenden Lehre scheint zwar dieser Ausweg einen schreienden Widerspruch in sich zu enthalten. Wie kann etwas fructus und nicht-fructus zugleich sein! Wenn man aber anerkennt, dass der Begriff fructus ein Verhältniss einer Person zu einem Gegenstand bedeutet, so wird unsere Meinung nicht ohne weiteres als paradox erscheinen. In der Codexstelle bildet nämlich das Geschenkte im Verhältniss zum Beschenkten das Kapital und nur vom Standpunkt des Schenkers Frucht. Dem Beschenkten gegenüber kann der Gewinn von einer Sache nur dann als fructus anerkannt werden, wenn diese Sache selbst das Kapital des Schenkungsverhältnisses bildet. In der l. 8 C. cit.

---

1) Auch l. 20 C. de i. d. 5, 12.
2) Petrażycki, Fruchtvertheilung S. 204 fg.

handelt es sich um einen grundverschiedenen Fall. Das Grundstück, um dessen Ertrag es sich handelt, ist nämlich nicht geschenkt. Es bildet im Schenkungsverhältnisse eine dritte unbetheiligte Sache. Es bildet nur die Quelle, aus welcher das eigentliche Schenkungskapital geschöpft wird. Es ist ganz gleichgültig, ob der Mann seiner Frau eine Anweisung auf die Bank, das Geld aus seiner Kasse, das Getreide aus seiner Scheuer giebt oder ihr das Getreide auf dem Feld zu ernten erlaubt. Das Grundstück ist rechtlich dem Schenkungsverhältnisse ebenso fremd, wie die Bank, auf welcher die Frau die geschenkte Summe bekommt. In allen diesen Fällen wird dasjenige, was der Beschenkte bekommt, ihm gegenüber als Kapital behandelt. In dem Ausspruch: „fructus quoque et usuras licitam habere donationem" muss man dagegen das Wort fructus im technischen Sinne verstehen. Hier bedeutet das Wort fructus nicht dasjenige, was der Schenker von seinem Standpunkte als seine Einkünfte vom Grundstück beziehen würde, sondern dasjenige, was der Beschenkte im betreffenden Verhältniss als seine Einkünfte von der geschenkten Sache betrachtet. Durch den erwähnten Ausspruch wird nämlich folgende Frage gelöst:

De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum quae donata sunt locupletata sit, an in causam donationis cadant (l. 17 pr. D. de don. i. v. et u.).

Ebenso heisst es von den Zinsen:

Si maritus uxori pecuniam donaverit eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur. haec ita Julianus in marito libro octavo decimo digestorum scribit (Ulpianus, l. 15 § 1 eod.).

Quid ergo si ex centum, quae vir uxori donavit, quinquaginta apud debitorem ex his perierint et alia quinquaginta duplicata usuris uxor habet? non plus quinquaginta eius donationis nomine maritus ab ea consequetur (Tryphoninus l. 16 eod.).

Daraus sieht man, welchen Grundfehler die oben erwähnte Theorie enthält, indem sie die Stelle von Pomponius, welche sich wirklich auf dasjenige bezieht, was dem Beschenkten gegenüber als Frucht erscheint, durch die Codexstelle erklärt, welche eigentlich vom Kapital des Schenkungsverhältnisses handelt.

2. In Folge gewisser Beschränkungen der Schenkung in Bezug auf die Höhe derselben, muss unter Umständen die Summe der Schenkung ermittelt werden. Dabei kommt nur das Kapital, nicht aber die Früchte in Betracht.

Auch hier kann es aber geschehen, dass dasjenige, was der

Schenker sonst als fructus gewinnen würde, zum Kapital der Schenkung gemacht wird.

Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur. si vero non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem, fructus percepti veniunt in computationem donationis (l. 9 § 1 D. de don. 39, 5).

Auch hier ist das Wort fructus im zweiten Falle nur in dem Sinne gebraucht, dass der betreffende Gewinn vom Standpunkte des Schenkers als das Einkommen von seinem Grundstück erscheint. Dass die Summe der Schenkung dieser Quelle entstammt, ist im Schenkungsverhältniss gleichgültig. Dem Beschenkten gegenüber bildet sie das Kapital, die res donatas, nicht aber die fructus im technischen Sinne.

Wenn daher die Schenkung in Folge des Dolus des Beschenkten angefochten wird, so ist zu entscheiden, dass der Schenker auch die Früchte von der gewonnenen Summe zurückfordern kann. Aus der herrschenden Lehre würde sich eine andere Consequenz ergeben, weil die Früchte von den Früchten nicht zu prästiren sind.

Die herrschende Lehre vermag auch keine theoretische Erklärung für die zwei verschiedenen Entscheidungen der l. 9 § 1 cit. zu finden. Man bemerkt, dass in dem Falle, wenn Jemand die Sache schenkt und der Beschenkte davon die Früchte gewinnt, „auf diese Nutzungen der Schenkungswille wenigstens nicht unmittelbar gerichtet war",[1] darum soll ihre Summe nicht berechnet werden. Wenn Jemand dagegen nur auf die Nutzung seiner Sache verzichtet, ist sein Wille unmittelbar auf die Schenkung der fructus gerichtet; darum wird ihre Summe berechnet. Gegen diese Construction liesse sich vieles vom Standpunkt der Construction selbst aus einwenden. Ob der Wille sich auf etwas unmittelbar oder mittelbar richtet, hat ja sonst keine Bedeutung. Auch gehören die Beschränkungen der donatio zum ius publicum, nicht aber zu den Rechtsnormen, welche den vermuthlichen Parteiwillen zur Geltung bringen. Ius publicum entscheidet hier wie oft, gegen den Parteiwillen, nicht aber in Gemässheit desselben. Die Unzulänglichkeit der Construction erhellt aber am besten, wenn wir beachten, dass die von uns konstatirte Erscheinung keine Eigenthümlichkeit der Schenkung, sondern eine allgemeine Regel des

1) Vgl. Windscheid II § 365 N. 6.

Civilrechts bildet, welche auch in denjenigen Verhältnissen gilt, die nicht auf Rechtsgeschäften beruhen.

Wenn wir annehmen, dass Jemand nicht auf Grund einer Schenkung, sondern ohne jeden rechtlichen Grund auf das in fremdem Besitz befindliche Grundstück kommt und daselbst das Getreide erntet oder die Thierjungen von der Heerde wegnimmt, werden diese Objecte ihm gegenüber als Früchte behandelt? Gewiss nicht. Wenn der Gutsbesitzer die weggeführten Thiere vindicirt, kann er auch fetus als fructus rei possessae mitverlangen. Wenn er den Werth des Getreides condicirt, kann er die Processzinsen davon verlangen. Kurz, die weggenommenen Gegenstände werden dem Wegnehmer gegenüber als Kapital, nicht aber als Früchte behandelt, obgleich der Berechtigte durch die Wegnahme derselben Früchte von seinen Sachen verloren hat. Die Thierjungen, das Getreide sind nur dann dem unberechtigten Percipienten gegenüber nach den Regeln über die Früchte zu behandeln, wenn er das Grundstück oder die Heerde in Besitz genommen und nachher davon die erwähnten Gegenstände gewonnen hätte.

3. Ein quellenmässiges Beispiel für unsern Satz finden wir noch im Gebiete der Dotalverhältnisse:

. . . quod si convenisset inter virum et uxorem de fructibus reddendis, hoc est ut in dote essent fructus quosquos percepisset, et fundus vel usus fructus in hoc traditus est, non ut fundus vel fructus fieret dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros, cogendum de dote actione fructus reddere. erunt igitur in dote fructus et fruetur iste usuris, quae ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt . . . (l. 4 D. de pact. dot. 23, 4).

In diesem Falle bildet die Sache, um deren Ertrag es sich handelt, nicht das Kapital der Dos (non ut fundus fieret dotalis). Das Kapital bildet hier der Gewinn vom Grundstück (fructus perciperet dotis futuros). Dem Manne gegenüber sind Früchte im Dotalverhältniss nur die Zinsen von diesem Kapital (fruetur usuris ex fructibus in sortem redactis). Das Wort fructus deutet auch hier nur auf den Ursprung des Kapitals hin; es bedeutet nur, dass zum Zweck der Bildung des Kapitals die Frau dasjenige geopfert hat, was ihr, der Eigenthümerin des Grundstücks gegenüber, als fructus erscheint. —

Den Satz, dass die Beschaffenheit oder der Ursprung eines Objectes die Behandlung desselben als Frucht noch nicht bestimmt, bestätigen ferner die Regeln über die Aufopferungen im fremden

Interesse. Wenn z. B. der Auftraggeber seinem Gläubiger ein Kapital mit Früchten zu leisten verpflichtet ist und diese Verpflichtung vom Geschäftsführer aus eigenen Mitteln erfüllt wird, so gilt zwischen dem Principal und dem Geschäftsführer die ganze Summe als ein einheitliches Kapital, so dass die Zinsen nicht nur von demjenigen Gelde ersetzt werden müssen, was dem Gläubiger sortis nomine gezahlt wurde. Dieselbe Regel gilt bei den ausserkontractlichen Aufopferungen.

Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum reciperaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est (l. 65 pr. D. de R. V. 6, 1).

Wenn also der Besitzer des fremden Grundstückes dem Pfandgläubiger 1000 als Kapital und 100 als Zinsen bezahlt hat, müssen ihm bei der Vindication des Grundstücks die Zinsen von 1100 (usurae novae) vergütet werden.[1]

Die Thatsache, dass der Gläubiger nur 1000 als Kapital, 100 aber als usurae fordert, hat nur zwischen ihm und dem Schuldner (oder dem ihn vertretenden Gechäftsführer) eine entscheidende Bedeutung. In dem Verhältniss zwischen dem Geschäftsherrn und dem Beauftragten, oder demjenigen, welcher ohne Auftrag sein Geld opfert, erscheint die ganze Summe als das in fremden Interessen geopferte Kapital. Auch hier wird dasselbe wirthschaftliche Gut bald als Frucht, bald als Kapital je nach dem Verhältniss zwischen den Parteien behandelt. —

Wenn wir jetzt von der Complication der angeführten Arten absehen und den einfachen Fall voraussetzen, dass z. B. ein Landgut das Kapital der Dos gebildet und im betreffenden Jahre 100 Scheffel Weizen gebracht hat, können wir dann als entschieden betrachten, dass dieser Ertrag zwischen Mann und Frau als fructus dotis behandelt werden muss? Durchaus nicht! Die objective Thatsache, dass das Getreide vom Dotalgrundstück hervorgebracht ist, hat auch hier noch keine entscheidende Bedeutung. Man muss vielmehr darauf sehen, in welchem Verhältniss der Mann sich zu

1) Der genauere Nachweis für die allgemeine Regel wird in der Lehre vom Ersatz der Einkünfte geliefert werden.

dem Getreide befindet. Wenn er das Gut selbst bewirthschaftet hat, dann gehört das Getreide zu den Dotalfrüchten. Wenn er aber das Grundstück verpachtet hat, dann bildet nicht das Getreide, sondern der Pachtzins die Dotalfrüchte. Insbesondere wird im letzten Jahre der Ehe namentlich der Pachtzins zwischen Mann und Frau als fructus dotis getheilt. Dieser Satz ist bekannt, nur für das richtige Verständniss des Fruchtbegriffes noch nicht ausgenutzt. Er widerspricht der objectiven Fruchttheorie nicht weniger, als alle andern oben angeführten Erscheinungen. Wenn wir voraussetzen, dass das Grundstück gegen 5000 verpachtet wurde, der Pächter weiter gegen 5500 verpachtet, und der zweite Pächter 6000 an Producten gewonnen hat, dann würde aus der herrschenden Lehre folgen, dass alle diese drei Summen als fructus fundi behandelt werden müssen. In Wirklichkeit kann in jedem von den drei Rechtsverhältnissen nur die eine von den drei Summen als fructus behandelt werden. Wenn der erste Verpächter ein Geschäftsführer war, welcher einem Principal das Kapital und die Früchte restituirt, so kommt nur die erste Summe 5000 als fructus fundi in Betracht. Die zwei andern Summen sind dem Verhältniss völlig fremd. Als fructus desselben Grundstückes für dieselbe Zeit erscheint in einem Rechtsverhältniss etwas Anderes als zwischen den anderen Parteien.

Was speciell die Mieths- oder Pachtzinse anbetrifft, so ist der herrschenden Lehre, welche diesen Gegenständen ohne Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse eine ihrer Natur nach innewohnende Fruchtqualität zuschreibt, der Satz entgegenzustellen: die Summe des Pachtzinses wird in der Mehrzahl der Fälle nicht als Frucht, sondern als Kapital behandelt. Im Verhältniss zwischen dem Pächter und dem Verpächter, d. h. im gewöhnlichen Falle, wo es sich um den Pachtzins handelt, gilt derselbe nämlich immer als Kapital. Dies ersieht man aus dem bekannten Satz, dass der Pächter, wenn er sich im Verzuge befindet, die Zinsen vom Pachtzins bezahlt. Wenn der Pachtzins zwischen dem Pächter und dem Verpächter des Grundstücks als fructus gälte, würde der Pächter keine Zinsen davon zu bezahlen haben. Der Pachtzins kann nur zwischen dem Verpächter und einer dritten Person als fructus behandelt werden. So wird der Eigenthümer des Grundstücks den Pachtzins von dem Verpächter, der malae fidei possessor ist, als fructus fundi zurückfordern. Trotz des Processbeginnes werden

die Zinsen von den gewonnenen Pachtzinsen zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer nicht berechnet werden.

Die angeführten Beispiele genügen wohl, um den Satz zu rechtfertigen: Dasselbe organische oder unorganische Erzeugniss, dieselben Erträgnisse können als Frucht oder als Nichtfrucht behandelt werden, je nach dem Verhältniss, in welchem sich eine Person zu denselben befindet. Es giebt keine objectiven Merkmale, auf Grund deren wir behaupten können, dass ein Object als Frucht behandelt werden müsse. Es giebt keine objective Fruchtqualität, sondern nur ein subjectives Fruchtverhältniss einer Person zu einem Object.[1] Ebenso bezeichnen z. B. die Worte „Dotalsache", „Peculium" nicht eine objectiv erkennbare Kategorie von Gegenständen, sondern nur ein Verhältniss einer Person zu einem Ding, oder zum Inbegriff gewisser Dinge. Wenn wir das organische Erzeugniss, welches im Verhältniss zu einer Person als Frucht behandelt wird, aus diesem Verhältniss fortnehmen und in ein anderes Verhältniss mit dem Mutterorganismus oder ohne solchen übertragen, erscheint es dort als Kapital, d. h. als dasjenige, was der Frucht entgegengesetzt ist. Andere Erscheinungen beobachten wir bei denjenigen Begriffen, welche sich auf die objectiven Eigenschaften beziehen. Der Gegensatz zwischen der beweglichen und unbeweglichen Sache, zwischen der Sache und ihrem Theil wird dadurch nicht geändert, dass die Verhältnisse zwischen Personen eine Aenderung erfahren. Durch den Abschluss der Ehe, Novation der Forderung etc. kann man die unbewegliche Sache nicht in eine bewegliche verwandeln, ebenso wenig wie man durch diese Acte einen Theil der Sache in eine selbständige Sache zu verwandeln vermag.

Bisher haben wir nur einen geringen Theil der Sätze hervorgehoben, welche auf die wesentliche Bedeutung der persönlichen Verhältnisse für den Fruchtbegriff hinweisen. Die eingehende

1) Zu welchen absurden Consequenzen die herrschende Theorie zu führen vermag, zeigt folgende Ausführung eines der grössten Juristen der Neuzeit: „In dem Pandectentitel de usufructu wird, um das, was dem Usufructuar vermöge seines Rechtes als Erzeugniss zufällt, zu bezeichnen, unzähligemal gesagt: omnis fructus rei, reditus etc. ad fructuarium pertinet, überhaupt auch usumfructum rei ad eum pertinere und non pertinere ... Wenn wir nun diese Bedeutung des Ausdrucks auf unsere Stelle (non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere, usus enim, non abusus legatus est. Cicero Topica C. 3) anwenden, und wir sind umsomehr dazu veranlasst, als sie wirklich von Früchten. vinum et oleum, spricht, so sagt sie ..." Dies ist nur eine consequente Durchführung der herrschenden Fruchttheorie.

Darstellung der Fruchtlehre wird zeigen, dass auf diesem Gebiete alle einzelnen Fragen nach den subjectiven Verhältnissen entschieden werden. Es wird nachgewiesen werden, dass der Begriff fructus in der Mehrzahl der Quellenstellen eine universitas iuris, ebenso wie dos oder peculium, bedeutet. Universitas iuris, als ein ideeller in der objectiven Welt gar nicht zu findender Inbegriff von activa und passiva, drückt an sich ein persönliches Verhältniss aus. Universitas iuris bezeichnet nur die subjectiven Verhältnisse in ihrer Gesammtheit. Als fructus kommt ferner dann etwas Anderes in Betracht, wenn der Fruchtschuldner für die culpa in concreto haftet, als dann, wenn er für dolus oder diligentia boni patrisfamilias verantwortlich ist. Nach dem Verzug, obgleich der Schuldner das Kapital behält, wird darauf gesehen, was im Verhältniss zum Gläubiger als fructus erschiene. Auch die Höhe der fructus wird nach den Verhältnissen dieser oder jener Person bemessen. Ferner werden wir uns überzeugen, dass in den einfachsten Fällen der Anwendung des Fruchtbegriffes, z. B. wenn es sich fragt, ob der Niessbraucher eines Kapitals etwas als Frucht erwirbt oder als Nichtfrucht nicht erwirbt, man doch immer auf die persönlichen Verhältnisse des Niessbrauchers sehen muss. Es genügt nicht, zu wissen, dass eine Kuh sich zum Niessbraucher im Verhältniss des Niessbrauchskapitals befindet, um zu constatiren, dass die während des Niessbrauches von ihr geworfenen Jungen als Früchte im Verhältniss zum Niessbraucher behandelt werden müssen, oder dass das Fleisch der crepirten Kuh selbst in das Fruchtverhältniss nicht eintritt. Im Gegentheil, wenn der Niessbrauchsbesteller bestimmt hat, dass das Niessbrauchsverhältniss sich auf 20 einzelne Kühe bezieht, so erwirbt der Niessbraucher ganz andere Dinge als Früchte, als in dem Falle, wenn diese Kühe bei der Niessbrauchsbestellung als eine Heerde bezeichnet wurden. Objectiv ist das Verhältniss der Kälber zu ihren Müttern in beiden Fällen ganz dasselbe, ebenso wie die objectiven Merkmale der gefallenen Kühe, und doch erscheint als Frucht in beiden Fällen nicht dasselbe. Der Wortlaut des Niessbrauchscontraktes ist nur in Bezug auf die subjectiven Verhältnisse von Einfluss, kann aber die Thatsache der organischen Abstammung nicht ungeschehen machen. Ebenso werden wir uns überzeugen, dass, trotz der entgegengesetzten Behauptung der herrschenden Lehre, ein Baum aus dem Obstgarten als Frucht, und ein Baum aus dem schlagbaren Forst als Nichtfrucht behandelt werden kann, je nach

den persönlichen Verhältnissen des Fruchtberechtigten, je nach seinem Verhalten und nach dem System der Wirthschaft, welche er führt.

Jetzt ist noch eine andere Frage zu berühren, deren Lösung gleichfalls erst in der weiteren Darstellung (durch den Beweis der Richtigkeit einiger hier als Prämissen zu gebrauchenden Sätze) genauer begründet werden wird:

Ist für den Fruchtbegriff ausser dem persönlichen Verhältnisse einer Partei zu einem Gegenstande auch vielleicht ein Verhältniss zwischen zwei Sachen von wesentlicher Bedeutung? Die Bejahung dieser Frage würde unserer Behauptung, nach welcher der Begriff Frucht wesentlich ein persönliches Verhältniss bedeutet, nicht widersprechen. Man könnte z. B. sehr wohl sagen: ein Gegenstand geräth einer Person gegenüber in das Fruchtverhältniss dann, wenn er ein organisches Erzeugniss einer Sache ist, welche sich im bestimmten Verhältniss zu dieser Person befindet. Ausser dem Verhältniss der organischen Abstammung einer Sache von der andern, wird oft betont, dass die Frucht zu der Muttersache sich als Nebensache zu der Hauptsache, oder als Theil (nach der Trennung „gewesener Theil") zur ganzen Sache verhält. Es wird z. B. darüber gestritten, ob die Früchte als Nebensachen oder als gewesene Theile der Hauptsache mit derselben prästirt werden. Die neueste Literatur hat die Auffassung, nach welcher die abgängigen Thiere als Früchte einer Heerde erscheinen können, aus dem Grunde verlassen, weil die Heerde keine Sache im eigentlichen Sinne, sondern nur die Summe von einzelnen selbständigen Sachen ist. Ebenso wie vom Besitz und Eigenthum an einer Heerde, kann auch von den Früchten derselben keine Rede sein.

Gegen diese und ähnliche Auffassungen lässt sich sehr Vieles einwenden. Wir werden nur diejenigen Punkte berücksichtigen, welche für die weitere Darstellung von Wichtigkeit sind:

1. Das Wesen des Fruchtbegriffs ist viel abstracter, als dass man dasselbe durch die concreten Verhältnisse zwischen zwei Sachen als einheitlichen Besitz- und Eigenthumsobjecten charakterisiren könnte. Insbesondere ist dem Begriff der Frucht nicht der Begriff der Haupt- und Muttersache gegenüberzustellen. Die Quellen sprechen von den Früchten auch bei solchen Dingen, welche in der concreten Welt gar nicht existiren, sondern nur ab-

stracte Begriffe sind, z. B. von den fructus peculii,[1] dotis,[2] quartae Falcidiae,[3] fructus bonorum,[4] fructus partis pro indiviso,[5] fructus hereditatis,[6] reditus patrimonii,[7] fructus residui (residuae quantitatis),[8] fructus partis (hereditatis),[9] fructus servitutis[10] etc. Auch die Früchte der aestimatio bonorum oder rerum können in Betracht kommen.[11] Als Früchte gelten auch die Einkünfte von den ertraggewährenden Rechten öffentlichen Charakters (quaestus civilium annonarum, fructus militiae, fructus ex redemptione vectigalium).[12]

Einen allgemeinen Ausdruck für dasjenige, was den Früchten gegenübersteht, kennen die Römer nicht. Nur bei einer besondern Art von Früchten, bei den Zinsen (usurae, reditus summae, pecuniae, fructus summae)[13] existirt eine besondere Bezeichnung, welche den Gegensatz der Fruchtquelle zu den Früchten ausdrückt, nämlich der Ausdruck sors (pecunia principalis).[14]

Die moderne Sprachentwickelung hat das entsprechende Wort „Kapital" auch auf diejenigen materiellen oder abstracten Werthgüter ausgedehnt, welche andere Einkünfte als Zinsen bringen. Wir werden in der weiteren Darstellung das Wort Kapital in diesem allgemeinen abstracten Sinne gebrauchen. Auch eine Heerde werden wir als ein einheitliches Kapital bezeichnen müssen,

---

1) l. 67 D. S. M. 24, 3: fructus ex eo (peculio) percepti.

2) l. 2 D. de dote prael. 33, 4: habebit igitur praecipuam dotem cum suis fructibus.

3) l. 23 § 2 l. 28 § 16 D. ad sctum. Treb. 36, 1; l. 15 § 3 § 6 l. 18 § 1 D. ad. C. Falc. 35, 2; l. 3 C. ad sctum Treb. 6, 49.

4) l. 26 § 2 D. quando dies 36, 2: tot ex fructu bonorum; l. 5 pr. D. de coll. bon. 37, 6.

5) l. 2 C. comm. div. 3, 37.

6) l. 15 § 3 D. ad. l. Falc. 35, 2: fructus hereditatis post mortem avi percepti.

7) l. 22 D. de usu et usu fr. 33, 2: patrimonii mei reditum.

8) l. 2 D. de dote prael. 33, 4: residuum vero (deducta dotis quantitate) ... cum fructibus cogitur restituere.

9) l. 29 pr. D. ad sctum. Treb. 36, 1: an fructus partis tuae restituere tibi debeam; l. 9 C. fam. erc. 3, 36; l. 17 eod.

10) l. 4 § 2 D. si serv. 8, 5.

11) Vgl. l. 42 D. de us. fr. 7, 1; l. un. § 7b C. de rei ux. act. 5, 13.

12) l. un. § 7b cit.; l. 4 C. de dom. et prot. 12, 17; l. 11 § 5 D. de publicanis 39. 4.

13) l. 24 D. praescr. verb. 19, 5: (ut ex reditu eius pecuniae .... computatis usuris semissibus); l. 88 § 3 D. ad. l. Falc. 35, 2; l. 30 pr. de adim. leg. 34, 4: interim tamen reditus eius, id est usuras semisses; l. 28 § 16 D. sctum Treb. 36, 1: ex incremento et fructibus eius summae.

14) l. 24 pr. D. de appell. 49, 1; l. 49 § 1 D. de act. empti 19, 1; l. 20 D. de usur. 22, 1.

obgleich sie kein einheitlicher Gegenstand des Besitzes und des Eigenthums ist, weil bei der Berechnung der fructus die Heerde als wirthschaftlich einheitliches, von einer blossen Anzahl von einzelnen Stücken verschiedenes Ding gilt. Auch die gekaufte militia ist ein Kapital. Auch eine Summe Geld ist kein einheitliches Object des Besitzes und des Eigenthumes und doch bildet sie eine einheitliche sors im Gegensatz zu den usurae. Im allgemeinen sind die Regeln über die Sachen als Besitzobjecte nicht auf diejenigen res (corporales oder incorporales) zu übertragen, welche durch diesen Namen in dem Sinne bezeichnet sind, dass sie ein Gegenstück zu den fructus bilden.[1]

2. Eine ebenso immaterielle Erscheinung, wie gewisse Kapitalien, bilden oft auch die fructus und zwar auch bei denjenigen Kapitalien, welche körperliche Sachen sind. Wir haben schon erwähnt, dass das Wort fructus oft einen abstracten Begriff, eine universitas bezeichnet.

3. Wenn wir uns aber nur auf diejenigen Fälle beschränken, wo das Kapital und die Früchte als körperliche Sachen in Betracht kommen, so bemerken wir, dass die Verhältnisse zwischen diesen Sachen sehr verschiedenartig gestaltet sein können. Ein Kalb ist ein organisches Erzeugniss einer Kuh. Eine Pflanze ist zwar gleichfalls ein organisches Erzeugniss, aber nicht derjenigen Sache, welche als Kapital in Betracht kommt. Die Pflanzen werden als Früchte nicht ihrer Mutterorganismen, sondern des Grundstückes behandelt. Das Grundstück bildet aber für die Pflanze nur den Raum und die Nahrungsquelle bei der Entwickelung. Das gemeinsame Verhältniss zwischen der Frucht und dem Kapital besteht in den beiden Fällen nur darin, dass die Frucht vor der Abtrennung als ein Theil des Kapitals erscheint. Dieses Verhältniss existirt aber wiederum nicht zwischen den erbeuteten Jagdthieren und dem Grundstück. Die Thiere sind nicht nur keine organischen Erzeugnisse, sondern auch keine gewesenen Theile des Grundstückes. Das Verhältniss zwischen dem Jagdthier und dem Grundstück besteht nur darin, dass das Thier sich während der Jagd auf dem Grundstücke befand. Wiederum ein anderes Verhältniss besteht zwischen der Heerde und den abgehenden Stücken, welche als

---

1) Vgl. z. B. l. 6 § 3 C. ad sctum Treb. 6, 49: non per reditus sed per ipsas res hereditarias . .

Früchte von dem Heerdekapital gewonnen werden. Das abgehende Stück war vor dem Ausscheiden selbst eine Kapitalsache. Kurz, die physischen Verhältnisse zwischen der Sache und der Frucht sind so verschieden, dass man vergeblich nach einem gemeinsamen konkreten Merkmal suchen würde. Nur so viel ist richtig, dass der Gewinn der Früchte sich immer in einem Causalzusammenhang mit dem Haben eines Kapitals befindet. Die Einkünfte von einem Kapital gewinnt derjenige, welcher dieses Kapital rechtlich oder thatsächlich in seiner Macht hat. Die rohen Producte von einem Landgut gewinnt derjenige, welcher dieses Landgut bewirthschaftet. Die Miethszinse von einem Hause gewinnt derjenige, welcher dasselbe vermiethet. Die Zinsen gewinnt derjenige, welcher eine Summe zum Darlehn giebt. Ausser dem Causalnexus zwischen der thatsächlichen oder berechtigten Beherrschung eines Kapitals und dem Gewinne von Früchten existirt nichts, was wir als ein Verhältniss zwischen dem Kapital und der Frucht bezeichnen könnten, welches allen Früchten gemeinsam und für den Fruchtbegriff wesentlich wäre. Der Causalnexus zwischen dem Haben eines Kapitals und dem Gewinnen von neuen Gütern ist übrigens keine Eigenthümlichkeit der Früchte. Er bezieht sich auf alles, was als lucrum ex re, als commodum rei bezeichnet wird. Bemerkenswerth ist, dass wir auch für diejenigen Früchte, welche sich wirklich in einem körperlichen Verhältnisse zu der Kapitalsache befinden oder befunden haben, eine Parallele unter den übrigen Gewinnen von der Sache finden, welche als Nichtfrüchte gelten. Ein Sclavenkind, d. h. ein organisches Erzeugniss der Sklavin, gilt als lucrum ex ancilla, nicht aber als fructus. Die gefällten Bäume erscheinen oft zwar als lucrum von einem Grundstück, nicht aber als Früchte.

Im Uebrigen ist zu bemerken, dass die Unterscheidung zwischen dem Kapital und den Früchten, auch wenn man das Kapital und die Früchte als körperliche Sachen in der Hand hat, sich oft nur im Gedanken vollzieht, aber keinem körperlichen Unterschied entspricht. Wenn man z. B. von seinem Darlehnsschuldner die Summe 1090 bekommen hat, sagt man unter Umständen, dass in dieser Summe 1000 Kapital und 90 Zinsen stecken. Alle Münzen sind aber gleich und stehen körperlich in einem gleichen Verhältniss zu einander. Die Unterscheidung zwischen Kapital und Einkünften existirt hier nur in der Welt der Gedanken. Ebenso wenn Jemand am Ende des Jahres die Ergebnisse seines Unternehmens berechnet

und constatirt, dass er 1000 an Einkünften gewonnen und 10000 als ursprüngliches Kapital erhalten hat.

Im Allgemeinen, wenn man nicht nur an die Thierjungen, Baumfrüchte und dergl. denkt, sondern nach dem gemeinsamen Wesen des römischen Fruchtbegriffes sucht, bemerkt man, dass man sich in eine Welt der abstracten Begriffe, der unsichtbaren, nur gedachten Verhältnisse und Unterscheidungen begiebt. Jedenfalls kann man nicht sagen, dass die organischen Erzeugnisse besonders echte und eigentliche Früchte sind. Im Gegentheil ist der so bestimmte Fruchtbegriff wie jeder andere, welcher mit den concreten Sachen operirt, ein sehr unechter und uneigentlicher Begriff der Frucht, weil er das Unwesentliche und Zufällige bemerkt, das Wesentliche übersieht.

§ 3. Begriff des Einkommens vom privatwirthschaftlichen Standpunkt.

Bevor wir zur Darstellung der römischen Fruchtlehre übergehen, ist es nothwendig, uns einiger socialwirthschaftlicher Erscheinungen und Begriffe zu erinnern, mit welchen Jedermann bekannt ist, welche man aber selten analysirt und bewusst formulirt. Es handelt sich um den Begriff Einkommen und seine Anwendung im täglichen Leben. Wir betonen: „im täglichen Leben“, weil wir nicht an das Einkommen vom volkswirthschaftlichen Standpunkt denken. Das Privatrecht regelt die Verhältnisse zwischen einzelnen Wirthschaften, welche einzeln und in der Summe sich von der Volkswirthschaft gründlich unterscheiden. Die wichtigsten Begriffe der Wirthschaftslehre: Kapital und Einkommen bedeuten verschiedene Erscheinungen, je nachdem wir von der einzelnen Wirthschaft oder von der Volkswirthschaft sprechen. Vom Standpunkt der Volkswirthschaft nennt man Kapital gewöhnlich solche Güter, welche als Mittel zur Production, zur Schaffung anderer Güter erscheinen. Vom Standpunkt der einzelnen Wirthschaft ist jedes Gut Kapital, welches als Mittel zur Production oder zum Erwerb für den Privatwirth erscheint. Wenn Jemand Werthpapiere besitzt, welche ihm 1000 jährlich bringen, so sind für ihn diese Werthpapiere Kapital, weil sie ihm neue Güter zuführen. Vom Standpunkt der Volkswirthschaft ist das Werthpapier, der Schuldschein etc. kein Kapital, weil man damit oder dadurch keine

neuen Güter producirt, sondern nur aus einer Wirthschaft in die andere überträgt. Daher können wir die Volkswirthschaftstheorie über das Einkommen nur mit grosser Vorsicht benutzen.

Die Wirthschaftslehre und jeder Wirth unterscheiden im täglichen Leben „Einnahmen" und „Einkommen".

Der Begriff Einnahme bedeutet alle Güter, die neu ins Vermögen einer Person treten.

Zum Einkommen werden nur gewisse Einnahmen gerechnet. Welche? Darüber sind die Wirthschaftstheoretiker keinesfalls einig.

Wenn wir aus den wichtigsten vorgeschlagenen und vertheidigten Begriffsbestimmungen des Einkommens dasjenige ausschliessen, was nur die Eigenthümlichkeiten des Volkseinkommens hervorhebt, so bleiben folgende Merkmale des Einkommens, welche in verschiedenen Formen und Combinationen den Begriffsbestimmungen zu Grunde gelegt sind:

1. Das Einkommen bilden diejenigen Einnahmen, welche ohne Minderung des Stammvermögens erzielt werden.

2. Das Einkommen bilden die wiederkehrenden Einnahmen. Einige nennen das Einkommen sogar „regelmässig" wiederkehrende Einnahmen.

3. Das Einkommen ist der Consumptionsfond. [1]

Wir brauchen an dieser Stelle natürlich nicht auszuführen, inwiefern die angeführten Merkmale einzeln oder in Combination das Wesen des Volkseinkommens treffen. Es handelt sich nur darum, wie und inwiefern wir dieselben für die Begriffsbestimmung des Einkommens vom privatwirthschaftlichen Standpunkt benützen können. In dieser Hinsicht ist Folgendes zu bemerken:

Wenn wir das Einkommen als eine objectiv gegebene Erscheinung betrachten, erweisen sich alle drei Merkmale als ungenau.

1. Das erste Merkmal ist unzutreffend, weil man gewisse Einnahmen auch dann zum Einkommen rechnet, wenn in der betreffenden Periode das Stammvermögen eine Minderung erlitt. Z. B. rechnet man zum Einkommen eines Volkes oder eines Privatwirthes die jährliche Ausbeute von Steinkohlen, obgleich die Gewinnung dieser Einkünfte ohne Minderung des Stammkapitals an Steinkohlen unmöglich ist. Wenn ein Fabrikant in einer gewissen Periode 1000 von der Fabrik gewinnt, in derselben Periode aber durch Feuer ein Gebäude verliert, welches 10000 werth war, so sagt man nichtsdestoweniger, dass er 1000 Einkommen gewonnen (dabei aber einen Kapitalverlust von 10000 erlitten) hat.

Andererseits rechnet man nicht alle Einnahmen, welche ohne Minderung des Stammvermögens gewonnen werden, zum Einkommen. Z. B. rechnet man nicht zum Einkommen den Gewinn, welchen man durch die Steigerung des Werthes der Actien macht. Wenn die Actie am Anfang der Einkommensperiode 100 werth ist, am Ende der Periode aber 90 oder 110, wird doch unabhängig davon die Dividende 5 als Einkommen bezeichnet.

2. Das zweite Merkmal (wiederkehrende oder regelmässig wiederkehrende Einnahmen), als ein objectives Merkmal des Einkommens, trifft gleichfalls im wirklichen Leben nicht immer zu. Besonders bei der modernen Unsicherheit der Conjunctur (Preisschwankungen etc.) ist es unmöglich, von der regelmässigen Wiederkehr der Einkünfte zu reden. Die Gewinnung der Einkünfte ist von so vielen Zufälligkeiten abhängig, dass die Eigenschaft der regelmässigen Wiederkehr dem Einkommen ziemlich fremd ist. Nach einem Jahre des Gewinnes folgen oft einige Jahre, in welchen das betreffende Kapital (z. B. Fabrik, Landgut) nur Verlust bringt.

3. Das dritte Merkmal (der Consumptionsfond) ist am wenigsten geeignet, das Einkommen objectiv zu charakterisiren. Es ist zwar richtig, dass die Menschen gewöhnlich vom Einkommen, nicht aber vom Kapital leben. Allein es kommt auch vor, dass man weniger als sein Einkommen oder mehr verbraucht, d. h. man betrachtet oft nur einen Theil des Einkommens oder auch sein Kapital als Consumptionsfond. Man kann nur sagen, dass das Einkommen durchschnittlich, im normalen Falle den Consumptionsfond für die Menschen bildet; man muss aber irgendwie bestimmen, was als ein normaler Consumptionsfond zu bezeichnen ist. Wenn das römische Recht den Ehemann nur das Kapital der Dos, nicht aber die Einkünfte restituiren lässt, so ist der Sinn und Zweck dieser Bestimmung der, dass die Einkünfte als ein Fond für die Bestreitung der onera matrimonii, für die Consumption im Familienleben, dienen sollen. Dadurch ist aber noch in keiner Weise bestimmt, was die Einkünfte sind. Ebenso besteht der social-wirthschaftliche Zweck des Niessbrauches darin, dem Subject desselben einen Fond für den Lebensunterhalt zu gewähren. Es fragt sich aber, was der Niessbraucher als Gegenstand des fructus zu betrachten hat.

Eine ganz andere Bedeutung gewinnen die obigen drei Merkmale, wenn man den Begriff Einkommen als den Ausdruck einer Verhaltungsregel betrachtet. Dann verwandeln sich diese Merkmale aus den objectiven Eigenschaften der Erscheinungen in die

subjectiven Postulate, welchen, wie jed r menschlichen Verhaltungsregel (z. B. den Regeln des Anstandes, der Moral etc.) nur eine relative Bedeutung zukommt.

Der Begriff des Einkommens ist nämlich ein Ausfluss des Hauptzweckes, welcher die wirthschaftliche Thätigkeit der Menschen regiert und in der Sicherung der zukünftigen regelmässigen Befriedigung der Bedürfnisse besteht. Die Erreichung dieses Zweckes wird mit Recht als das wichtigste Postulat der wirthschaftlichen Thätigkeit betrachtet. Die Regelmässigkeit der Befriedigung der Bedürfnisse ist darum so wichtig, weil die Störung dieser Regelmässigkeit die Erscheinung herbeiführt, dass während gewisser Zeit der Mensch minder intensive Bedürfnisse befriedigt, nachher aber keine Mittel für die intensiveren Bedürfnisse hat. Hier hat noch die psychologische und physiologische Thatsache grosse Bedeutung, dass die Befriedigung nicht so intensiver Bedürfnisse dieselben zu mehr intensiven macht, z. B. wenn Jemand während gewisser Zeit einen grössern Comfort geniesst, leidet er mehr unter dem nachherigen Mangel an Bequemlichkeiten, als derjenige, welcher diese Bequemlichkeiten früher nicht genossen hat. Das Wohlergehen und die Zufriedenheit der Menschen wird oft mehr durch die Unregelmässigkeit der Befriedigung der Bedürfnisse gestört, als durch die regelmässige weniger reichliche Befriedigung.

Um nun für die Zukunft die Möglichkeit der regelmässigen Befriedigung der Bedürfnisse zu sichern, sucht man seine Consumption so seinen Einnahmen anzupassen, dass für die periodisch wiederkehrenden Bedürfnisse (Wohnungsmiethe, Kleidung, Nahrung etc.) ein periodisch wiederkehrender Consumptionsfond da sei. Zur Erreichung dieses Zweckes muss man sich aber hüten, seine Productions- oder Erwerbsmittel (Kapital, Stammvermögen) zu verringern. Wenn Jemand von einer verzinslich angelegten Geldsumme lebt, welche jährlich 2000 bringt, so darf er, um die Wiederkehr dieser Zinsen für die zukünftigen Jahre nicht unmöglich zu machen, nicht mehr als 2000 jährlich verbrauchen. Man sagt in diesem Falle: seine Verhältnisse *erlauben* ihm nicht, mehr als 2000 zu verbrauchen. Der Forstbesitzer berechnet, welche Quantität Holz er in einer gewissen Periode dem Forst entnehmen darf, damit dieses Kapital sich mit der Zeit nicht verringere. Zu diesem Zweck theilt er den Forst in Schläge und nimmt in jeder Periode die Bäume der entsprechenden Parcelle als Einkünfte vom Forst weg. Das Holz der anderen Parcellen betrachtet er als das Kapital.

Aus diesem Beispiel ersieht man anschaulich, dass die Begriffe Kapital und Einkommen keinem nach objectiven Merkmalen zu unterscheidenden Gegensatz entsprechen. Die Bäume, welche in der betreffenden Periode nicht gefällt werden, sind eben solche Producte, wie diejenigen, welche das Einkommen der Periode bilden. Die beiden Begriffe sind nicht der objectiven organischen oder unorganischen Welt zu entnehmen, sondern sie sind der Ausdruck eines wirthschaftlichen Postulates.

Da die wirthschaftliche Verhaltungsregel: die Erwerbsmittel sollen auf gleicher Höhe gehalten werden — eben nur eine Verhaltungsregel ist, so gilt sie nicht absolut in denjenigen Fällen, wo ihre Anwendung unvernünftig wäre. Das wichtigste Wirthschaftsgebiet, wo das Postulat modificirt wird, ist das Gebiet der Fossilienausbeute. Hier ist es nicht möglich, so wie z. B. bei der Forstwirthschaft, die Naturalreichthümer auszubeuten, ohne dieselben zu verringern. Um das Stammkapital an Steinkohlen nicht zu verringern, müsste man sich ganz der Ausbeute und Consumption enthalten. Das Gebot der Erhaltung des Stammkapitals, welches in der Jagd- und Forstwirthschaft oder beim Ackerbau eine vernünftige und erreichbare Regel ist, erweist sich hier als absurd. Hier tritt eine weniger absolute Regel ein: man soll die Mineralreichthümer so ausbeuten, dass das Stammkapital möglichst geschont werde. Für diese Art der Wirthschaft existiren besondere, theilweise vom Staat vorgeschriebene Regeln, welche dafür Sorge tragen, dass für die Consumption ein Fond möglichst lange in der Erde bleibe. Was bei der Forstwirthschaft eine Vergeudung des *Kapitals* bedeuten würde, ist in der Bergwerkswirthschaft eine ordnungsmässige Gewinnung der *Einkünfte*.

Ferner begeht der Wirth keinen Verstoss gegen das Postulat der Erhaltung des Kapitals, wenn dasselbe durch Ursachen, die von seinen Handlungen unabhängig sind, verringert wird. Wenn ein Theil des Forstes durch Feuer vernichtet wird, bleibt nichtsdestoweniger das Holz, welches der der Einkommensperiode entsprechenden Parcelle entnommen ist, Einkommen, obgleich die Einkommensperiode ein bedeutend gemindertes Stammkapital hinterlässt.

Von dem ersten Merkmal des Einkommens können wir also sagen: es ist zutreffend, wenn wir dasselbe im Sinne der wirthschaftlichen Verhaltungsregel verstehen. Man erwirbt Einkünfte, insofern man nach den Regeln der vernünftigen Wirthschaft die

Integrität des Kapitals wahrt. Insofern man gegen dieses Postulat verstösst, greift man das Kapital an.

Aus demselben Hauptzweck der wirthschaftlichen Thätigkeit, welcher in der Sicherung der zukünftigen regelmässigen Befriedigung der Bedürfnisse besteht, folgt weiter das zweite Merkmal des Einkommens, oder genauer, das zweite Postulat über das Einkommen: man muss nur die wiederkehrenden Einnahmen als seinen Consumtionsfond behandeln. Da diese Regel wiederum nur eine Verhaltungsregel ist, so handelt es sich hier nicht darum, dass die Einnahmen wirklich regelmässig wiederkehren sollen, um Einkommen zu bilden. Es handelt sich nur darum, dass der Wirth diejenigen Einnahmen als sein Einkommen betrachtet, deren Wiederkehr er zu erwarten Grund hat. Es wäre unvernünftig, von dem Menschen zu fordern, dass er z. B. den Miethszins dieses Jahres für sein Haus auf den Lebensunterhalt in diesem Jahre nicht verbrauche, weil er im nächsten Jahre möglicherweise keinen Miether finden wird; ebenso betrachtet ein Gutsbesitzer die Ernte des laufenden Jahres als den Consumtionsfond dieses Jahres für seine Familie, obwohl er im nächsten Jahre das Gut möglicherweise mit einem Verluste bewirthschaftet. Es handelt sich um die Einnahmen, welche wiederkehrsfähig sind, deren Wiederkehr man erwartet und erstrebt, die eine Tendenz wiederzukehren haben.

Umgekehrt, wenn ein bonus paterfamilias eine Erbschaft macht, einen Schatz findet etc., betrachtet er diese Einnahmen nicht als sein Einkommen, als den Consumtionsfond der betreffenden Periode. Auf die Wiederkehr derartiger Einnahmen rechnen vernünftige Leute nicht. Wenn Jemand anders handelt und die erworbene Erbschaft in einem Jahre verbraucht, so handelt er unwirthschaftlich, er heisst Verschwender. Nach dem fetten Jahre folgt die magere Zeit. Von der regelmässigen Befriedigung der Bedürfnisse kann hier keine Rede sein. Der ordentliche Mensch betrachtet die Einnahmen, auf deren Wiederkehr nicht zu rechnen ist, nicht als Einkommen, sondern als Kapital; er verbraucht nur die wiederkehrenden Einnahmen, welche er durch dieses Kapital erwirbt.

Das zweite Merkmal des Einkommens, als eine Verhaltungsregel betrachtet, ist vollkommen zutreffend. Es enthält auch nicht etwas dem ersten Merkmal Widersprechendes. Im Gegentheil spricht es auch dieses implicite aus. Derjenige, welcher durch die Minderung seines Kapitals eine Einnahme erzielt, bekommt keine

Einnahme, welche wiederkehren könnte. Wenn der Forsteigenthümer aus irgend welchem Grunde, z. B. um den Forst in einen Bauplatz zu verwandeln, im betreffenden Jahre den ganzen Baumbestand verkauft, betrachtet er den Erlös als das verwandelte Kapital, nicht aber als Einkommen, weil eine derartige Einnahme nicht wiederkehren wird. Wenn Jemand eine Heerde Vieh hat, von der er dadurch Einkünfte erzielt, dass er jährlich eine gewisse Anzahl von gemästeten Stücken verwerthet, im betreffenden Jahre aber ausserdem noch eine Hälfte der Heerde verkauft, so betrachtet er den Erlös als ein verwandeltes Kapital, weil die durch Minderung des Viehkapitals erzielte Einnahme eine einmalige, nicht wiederkehrende Einnahme ist. Was aus dem Stammvermögen verzehrt ist, kommt nie wieder.

Um das Wesen des Einkommens festzustellen, ist nicht das eine oder das andere von den angeführten drei Merkmalen ausschliesslich zu vertheidigen, sondern man muss alle drei Merkmale im Sinne der Postulate kombiniren; sie sind Glieder derselben syllogistischen Kette: Das Streben nach der regelmässigen Befriedigung der Bedürfnisse schafft den Begriff des Einkommens, als eines wirthschaftlich erlaubten Consumptionsfondes, als einer normalen Consumptionsgrenze; diese Grenze wird durch die Wiederkehrsfähigkeit der Einnahmen bestimmt. Die Sicherung der Wiederkehr des Consumptionsfondes erfordert die Erhaltung des Stammvermögens, der Erwerbsmittel.

Bei der Darstellung des civilrechtlichen Fruchtbegriffes werden wir nachzuweisen haben, dass der Inhalt des Fruchtbegriffes den oben dargestellten Merkmalen des Einkommens entspricht.

Als Grundlage der Vergleichung werden wir namentlich das zweite Merkmal (die Wiederkehrsfähigkeit der Einnahmen) benützen, weil das erste, wie gezeigt, darin enthalten ist, das dritte aber, obgleich es am besten den Zweck und das Wesen der Unterscheidung zwischen Stammvermögen und Einkommen zeigt, zu abstract lautet, um als Unterscheidungsmerkmal gebraucht werden zu können. Wir brauchen nämlich nicht jedes Mal zu bestimmen, ob ein abstracter pater familias etwas zu seinem normalen Consumptionsfond rechnen würde, da wir ein concreteres und leichter zu fassendes Merkmal der Wiederkehrsfähigkeit der Einnahme benutzen können. Und zwar, indem wir mit dem Einkommen vom Standpunkt des täglichen Lebens, d. h. vom Standpunkt der Anschauungen der privaten patres familias zu thun haben, können wir die Wiederkehrsfähig-

keit genauer als Fähigkeit zur periodischen Wiederkehr präcisiren. Im praktischen Wirthschaftsleben hat nämlich eine wichtige Bedeutung die Eintheilung der Zeit in die wirthschaftlichen Perioden und namentlich in die Wirthschaftsjahre. Man berechnet gewöhnlich sein Einkommen und seine Bedürfnisse (Kosten der Befriedigung) nach Jahren. Im Anfang eines Jahres macht ein bonus pater familias einen Voranschlag der zu erwartenden Einkünfte und Ausgaben. Am Schluss des Jahres berechnet er die im Jahre gemachten Ausgaben und gewonnenen Einnahmen, um den thatsächlichen wirthschaftlichen Erfolg festzustellen und mit dem im Anfang des Jahres erwarteten zu vergleichen. Das Jahr, als die übliche Wirthschaftsperiode, bildete bei den Römern ebenso die Grundlage des Wirthschaftsbudgets wie bei den modernen Völkern. Bei den Völkern, welche hauptsächlich vom Ackerbau leben, ist diese Periode durch die Natur ihrer Wirthschaft gegeben. Dem modernen Ausdruck „jährliches Einkommen“ entsprach bei den Römern der Ausdruck annuus fructus, annuus reditus etc. z. B.: fructus annuos fundi Corneliani Gaio Maevio do lego; fundum legavit ferentem annua sexaginta; praedia . . . reditum officientia annua decem; sive per annuos reditus sive . . .; vel per redituum annalium erogationem . . . annuus victus aegrotantibus accedat; fructum totum anni retinet; totius anni unus fructus est; plus annui reditus; fructus anni u. dgl.[1]

Darum spielte der annus (fructus eius anni, fructus anni novissimi) bei der Theilung der Dotalfrüchte eine so wichtige Rolle.[2] Uebrigens kann die Wirthschaftsperiode ausnahmsweise kürzer oder länger als das Jahr sein: Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis inriguis. Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua.[3]

Die Einkünfte können wir nun als diejenige Kategorie der Einnahmen bezeichnen, deren Wiederkehr in jeder neuen Wirthschaftsperiode vom Wirth erwartet und erhofft wird. In diesem Sinne werden wir der Kürze wegen von den periodischen

1) l. 20 D. de us. fruct. 7, 1; l. 21 § 1 D. de annuis legatis 33, 1; l. 32 § 7 D. de us. et us. fr. 33, 2; l. 28 § 7 D. de don. i. v. et ux. 24, 1; l. 48 § 2 C. de episcopis 1, 3; § 3 eod.; l. 7 § 1 D. s. m. 24, 3; l. 8 § 1 eod.; l. 22 § 3 C. 5, 37; l. 21 C. 4, 65; l. 8 eod.; l. 38 D. de us. et us. fr. 33, 2.

2) Ueber den Zusammenhang des Dotaljahres mit dem Wirthschaftsjahr vgl. Petražycki, Fruchttheilung S. 69 fg.

3) l. 7 §§ 6, 7 D. s. m. 24, 3.

Einnahmen sprechen; der Ausdruck „periodische Einnahmen“ bedeutet also in der weiteren Darstellung nicht die wirkliche Regelmässigkeit; die Erwartungen des Wirthes werden oft getäuscht; in der Wirklichkeit kann die Einnahme in einigen Perioden gänzlich ausfallen. Die Periodicität bedeutet nur die vernünftige Hoffnung und das Streben nach der periodischen Wiederkehr.

Die Ausdrücke: „periodisch“, „Periodicität“ sind der herrschenden Fruchtlehre nicht fremd. In der Lehre von der Theilung der Dotalfrüchte unterscheidet man nämlich die periodischen, gleichmässigen und zufälligen Früchte.[1] Von unserem Standpunkt scheint der Ausdruck „nichtperiodische Früchte“ eine contradictio in adiecto zu enthalten. Es müsste darnach entweder die Eintheilung der Dotalfrüchte in die periodischen und nichtperiodischen Früchte oder die obige Behauptung, dass alle Früchte periodische Einnahmen sind, einen Irrthum enthalten. Um den anscheinenden Widerspruch zu lösen, ist Folgendes zu bemerken. Unter den zufälligen Einkünften versteht man in der Lehre von der Theilung der Dotalfrüchte den Fall, wenn z. B. Jemand anstatt des üblichen Gewinnes 100 in Folge eines zufälligen Ereignisses 200 gewinnt. So gewinnt der Hotelbesitzer einer kleinen Stadt ungewöhnlich grosse Einkünfte von seinem Hotel, wenn in der Stadt eine Zusammenkunft von Monarchen stattfindet. Auch diese objectiv zufälligen Einkünfte (welche übrigens im Wirthschaftsleben eine geringe Bedeutung haben) sind von unserem subjectiven Standpunkt periodische Einnahmen. Denn nach dem oben Gesagten hat die objective Regelmässigkeit der Einnahmen für den Begriff des Einkommens keine Bedeutung. Der Hausbesitzer, welcher im kommenden Jahre ungefähr 1000 an Miethszinsen zu bekommen erwartet, kann in der Wirklichkeit ebenso im günstigen wie im ungünstigen Sinne überrascht werden. Wenn die erwartete Kategorie des Einkommens, welche auf 100 im Voraus veranschlagt wurde, sich in 10 oder 200 zufällig verwandelt, wird dieselbe doch zu den Einkünften gerechnet. Die Miethszinse werden immer zur Kategorie der Einkünfte gerechnet, unabhängig davon, wie sie im concreten Fall gewonnen sind.

Der Ausdruck „gleichmässige Früchte“, welche in der Lehre von der Theilung der Dotalfrüchte gleichfalls den periodischen

1) Vgl. auch Unger a. a. O. § 56 sub II, welcher in Bezug auf die Civilfrüchte bemerkt, dass sie periodisch wiederkehren.

Früchten entgegengestellt werden, bedeutet nicht mehr, als dass thatsächlich diese Früchte eine sehr kurze Periode der Wiederkehr haben. Wenn man z. B. die Milch der Kühe als die gleichmässig fliessenden Einkünfte bezeichnet, so hat dies den Sinn, dass die kurze Periode von einem Tag bei der Theilung der Dotalfrüchte als Periode nicht in Betracht kommt. Von unserm Standpunkt sind auch diese Einkünfte periodisch, und zwar im doppelten Sinne: sie sind periodische Früchte mit der täglichen Wiederkehr; sie sind ferner periodische Früchte mit der Wiederkehr in Jahresperioden, und zwar ist für uns die Periodicität nicht im ersteren Sinne, sondern im letzteren Sinne von Wichtigkeit, weil man die Einkünfte nicht nach Tagen, sondern gewöhnlich nach Jahren berechnet. Für den Begriff des Einkommens ist nicht wichtig, ob die Einnahme jeden Tag, jede Woche regelmässig oder in verschiedenen Monaten unregelmässig wiederkehrt, sondern es genügt, dass sie zu der Kategorie derjenigen Einnahmen gehört, welche Jahr ein Jahr aus im Wirthschaftsbudget figuriren. Eine Eisenbahnactiengesellschaft gewinnt ihre Einnahmen jede Stunde; das Einkommen wird aber nach längeren Perioden berechnet; die Dividenden werden nach Jahren gezahlt.

Im Uebrigen ist noch über das Einkommen für die weitere Darstellung Folgendes zu bemerken:

Nach der Quelle, aus welcher man Einkünfte gewinnt, wird das Personaleinkommen vom Vermögenseinkommen unterschieden. Personaleinkommen bilden diejenigen Einkünfte, welche Jemand unabhängig vom Haben eines Kapitals gewinnt, z. B. Arbeitslohn, Honorar des Arztes, des Rechtsanwaltes, Gehalt des Beamten. Die Person des Erwerbenden, seine Arbeit, bildet die Quelle dieser Einkünfte. Wie die Arbeit selbst, so ist auch ihre Belohnung der Wiederkehr fähig. Namentlich nach dem Merkmal der Wiederkehrsfähigkeit sind die Personaleinkünfte von anderen Personaleinnahmen (Geschenk, Legat, Erbschaft etc.) zu unterscheiden. Mit dem Merkmal der Erhaltung des Stammvermögens haben die Personaleinkünfte nichts zu thun, weil sie ohne jedes Kapital erworben werden können.

Vermögenseinkünfte dagegen sind diejenigen durch eine Person erzielten wiederkehrenden Einnahmen, deren wirthschaftliche oder rechtliche Ursache im Haben eines Kapitals liegt.

Beide Arten von Einkünften setzen keine besondere physische oder wirthschaftliche Beschaffenheit der gewonnenen Objecte voraus.

In beiden Fällen bedeutet das Wort Einkommen nur das Verhältniss beliebiger Güter zum Menschen.

Bei dem persönlichen Einkommen besteht dieses Verhältniss einfach darin, dass ein Mensch (unabhängig vom Haben eines Kapitals) Einnahmen erzielt, welche der periodischen Wiederkehr fähig sind.

Bei den Einkünften vom Kapital stellt sich das Verhältniss nur etwas complicirter dar. Zunächst ist es auch hier erforderlich, dass die fraglichen Güter zu dem Menschen periodisch kommen (obvenire, genauer redire — reditus, obventiones). Dann aber ist es noch erforderlich, dass die Wiederkehr der fraglichen Güter zu dem Menschen in dessen Verhältniss (Kapitalverhältniss) zu einem andern wirthschaftlichen Gut ihren thatsächlichen oder rechtlichen Grund habe. Bei den Einkünften vom Kapital ist also dreierlei erforderlich:

1. Das Einkommenverhältniss der fraglichen Güter zu dem Menschen, d. h. ihr obvenire alicui und redire.
2. Das Kapitalverhältniss eines andern Gutes zu derselben Person (ein fortdauerndes thatsächliches oder rechtliches Haben).
3. Der Causalnexus zwischen beiden Verhältnissen, das Bedingtsein des ersteren Verhältnisses durch das zweite.

Das Einkommenverhältniss trägt den Character der wiederholten Bewegung der Güter zu dem Menschen, das wiederholte Zusammentreffen des Subjects mit den Objecten. Das deutsche Wort „Einkommen“ drückt diese Bewegung der Güter und ihre R i c h t u n g in die Kasse des Wirthes aus. Ebenso das griechische Wort „πρόσοδος“ [1], das lateinische „obventiones“, das italienische „entrata“. Genauer characterisirt das Verhältniss das Wort reditus, revenues (französisch, englisch), rendita (italienisch). Das Wort fructus betont dagegen das dritte Merkmal des Einkommens, das Verhältniss des Menschen zu demselben, als zu seinem Consumptionsfond, zum Gegenstand seines frui (in fructu hominis; den näheren Nachweis vgl. unten § 16).

Ein anderer Character wohnt dem Kapitalverhältnisse inne. Darin steckt nicht die Bewegung, sondern im Gegentheil die Ruhe. Am besten characterisirt dieses Verhältniss das lateinische Wort substantia [2] und das Wort „Stammvermögen“. Substantia bedeutet

1) Vgl. l. 45 § 12 C. de ep. et cler. 1, 3; § 13 eod.; l. 26 § 2 C. de ep. aud. 1, 4.

2) Vgl. z. B. l. 8 § 4a C. de bon. quae lib. 6, 61: vel ex reditibus vel ex sua substantia.

zunächst das stabile Verhältniss (sub)stare; dann bedeutet es die Grundlage für andere Erscheinungen, sub(stare). Das Wort Stammvermögen drückt dasselbe durch ein Bild aus. Wie ein Stamm steht das Kapital fest und dauernd da, es überlebt viele periodisch vorübergehende Erscheinungen, viele Generationen der erscheinenden und wieder verschwindenden Blätter (der Einkünfte).

Diese in der Sprache enthaltenen Bilder muss man natürlich nicht im buchstäblichen concreten Sinne verstehen, als ob das Kapital immer eine stabile Erscheinung im physischen Sinne wäre. Beim verzinslichen Darlehn bemerken wir z. B., dass der Geber gar nicht an die Erhaltung seiner Münzen denkt, obwohl er für die Erhaltung des Kapitals, als der fortdauernden Grundlage seines Erwerbes, sorgt. Im Gegentheil giebt er die Münzen weg, im Verhältniss zu sich vernichtet er dieselben. Anstatt dessen erwirbt er aber eine Forderung, welche zwar vom rechtlichen Standpunkte etwas Anderes als die Münzen ist, vom wirthschaftlichen Standpunkt aber dasselbe Kapital bildet. Diese Forderung verwandelt sich nachher wieder in die nummi soluti. Die Erhaltung des Kapitals als einer stabilen Grösse und die Unterscheidung desselben vom Einkommen geschieht hier nicht physisch, sondern in der Berechnung. Ebenso kann eine Heerde nicht fortdauernd in ihrer physischen Identität erhalten bleiben. Jedes Jahr werden davon einige Stücke verzehrt oder verkauft. Die Erhaltung zwar nicht der Sachen, aber doch des Kapitals, bei welchem es sich nicht um die physische Identität, sondern um die Werthgleichheit handelt, geschieht mittelst Ersatzes der abgegangenen Stücke durch neue junge Thiere. Den Forst erhält man nicht im Sinne der physischen Identität der Bäume, sondern im Sinne des wirthschaftlichen Gleichwerthes des Ganzen. Bei einem Forst kann man auch ebenso wenig wie bei einer Heerde die dem Wirth zukommenden „obventiones" physisch vom Kapital unterscheiden. Ein Thier, ein Baum, denen der Wirth in der betreffenden Periode in seinem Wirthschaftsplan die Einkommensrolle zugeschrieben hat, können von den Personen, welche die Gedanken und Absichten des Wirthes nicht kennen, von andern Thieren und Bäumen, welche der Wirth als Kapital zu behalten gedenkt, nicht unterschieden werden. Alles hängt von Absichten und Berechnungen des Wirthes ab. — Jedenfalls richten sich diese Absichten im normalen Falle bei einem ordentlichen Wirth dahin, dass das Kapital im wirthschaftlichen Sinne nicht angegriffen, sondern erhalten werde. In

Bezug auf das Einkommen haben die Absichten und die Pflichten eines ordentlichen pater familias einen andern Inhalt; die Einkünfte müssen immer wieder geschaffen werden. Das Civilrecht macht diese beiden Grundpostulate der wirthschaftlichen Thätigkeit (Erhaltung des Kapitals — regelmässige Gewinnung der Einkünfte) oft zur rechtlichen Pflicht.

Wenn wir vor dem näheren Nachweis voraussetzen, dass der römischrechtliche Fruchtbegriff dasselbe Verhältniss der Objecte zum Subject ausdrückt, wie der dargestellte Begriff des Einkommens[1], so können wir alle Quellenentscheidungen erklären, welche wir als mit der herrschenden objectiven Theorie unverträgliche im vorhergehenden Paragraphen angeführt haben.

1. Warum die vom Vormund restituirten Zinsen im Verhältniss zum Curator, welcher die Verwaltung des Vermögens übernimmt, als Kapital behandelt werden (oben S. 13)?

Hier fehlen alle Voraussetzungen, welche erforderlich sind, damit der Ertrag der Summe im Verhältniss zum curator als Einkommen erscheine. Zunächst hat er die Summe der Zinsen nicht als eine der Periodicität fähige Einnahme bekommen. Sie wurde zwar von seinem Vorgänger durch die periodischen Gewinne angesammelt. Das kann man aber eben nur von seinem Vorgänger sagen. Das Einkommensverhältniss der Summe zum Vorgänger wird diesem gegenüber auch berücksichtigt. Was ihn, den curator, persönlich anbetrifft, so bekommt er eine derartige Summe nimmer wieder in

1) N. B.: das Neue in unserer Fruchttheorie besteht natürlich nicht darin, dass wir das Wort Einkünfte in Bezug auf die Früchte gebrauchen. Diesen Ausdruck haben wir schon in der Schrift über die Fruchtvertheilung gebraucht, ohne dadurch den Begriff der Frucht aufzuklären. Durch das Wort „Einkünfte" sind die Früchte schon vor uns von einigen Schriftstellern bezeichnet worden. So kommt das Wort „Einkünfte" anstatt „Früchte" bei Heimbach vor (z. B. S. 31 Note 1). Daraus folgt selbstverständlich nicht, dass unsere Theorie mit derjenigen von Heimbach irgend etwas gemein hat. „Jede bewegliche Sache, welche aus körperlichen Gegenständen, die nur als Res in Betracht kommen, durch die ihnen inwohnende organische Kraft... erzeugt wird ..." (vgl. oben S. 3) hat mit demjenigen Begriff des Einkommens, welchen wir im Text entwickelt haben, gar nichts zu thun. Wenn also Heimbach oder andere Vertreter der objectiven Fruchttheorie die Ausdrücke „Früchte" und „Einkünfte" gelegentlich promiscue gebrauchen, so bedeutet dies nicht, dass sie den Fruchtbegriff richtig charakterisiren, sondern nur, dass sie durch das Wort „Einkünfte" etwas Grundverschiedenes von dem im Text dargestellten Einkommensbegriff aussprechen wollen. Durch gelegentliche Ausdrücke oder Bemerkungen kann eine Theorie nicht begründet werden. Dazu gehört eine wissenschaftliche Analyse der Bedeutung und ein Nachweis der Richtigkeit der gebrauchten Ausdrücke oder der aufgestellten Sätze.

die Hände. Die Uebernahme der Verwaltung durch den curator geschieht nur einmal — nicht aber mit periodischer Wiederkehr.

Dem curator gegenüber fehlt auch der Causalzusammenhang zwischen dem Haben eines Kapitals und der fraglichen Einnahme. Später, nach der Uebernahme der Verwaltung, wird er neue Einnahmen beziehen, weil er die Erwerbsmittel in die Hände bekommen hat. Die uns interessirende Einnahme geschah aber nur aus dem Grunde, weil eben der Vormund alle Ergebnisse seiner Verwaltung dem curator übergeben sollte. Der Letztere stand vor der Uebergabe überhaupt in keinem Verhältniss zum Kapital, um dessen Ertrag es sich handelt.

2. Wörtlich dasselbe ist in Bezug auf den Niessbraucher, den Besitzer etc. zu sagen, wenn diese Personen von ihren Vorgängern dasjenige bekommen, was diesen Vorgängern gegenüber als fructus galt, oder in Bezug auf den Erbschaftsbesitzer oder den wirklichen Erben, welche beim Erwerb des Besitzes oder bei der hereditatis aditio verschiedene Dinge vorfinden, die der Erblasser als Einkünfte gewonnen hat. Auch hier ist zu sagen: „omnis pecuniae, quae . . . transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur. Die von der hereditas jacens gewonnenen Einkünfte gelten dem Erben gegenüber mit Recht als Kapital, weil auch diese Objecte dem Erben mit einmal zugefallen sind, und zwar nicht in Folge davon, dass er ein Kapital gehabt hat, weil er vor dem Erbschaftserwerb die Kapitalien eben noch nicht gehabt hat etc. Sein Verhältniss zu allen Objecten, mögen sie dem Erblasser gegenüber in verschiedenen Verhältnissen gestanden haben, ist gleich (parem causam esse). Dass diese Regel in den Fällen nicht gilt, wo der Nachfolger in der Innehabung der Güter die Person seines Vorgängers vertritt (der Erbe gegenüber den Gläubigern des Erblassers, der Vertretene in den vom Vertreter eingegangenen Verhältnissen) und dass in diesen Fällen das Fruchtverhältniss auf eine neue Person übergeht, spricht nicht gegen, sondern für unsere Theorie, weil in diesen Fällen das Fruchtverhältniss eben nur das Schicksal anderer Verhältnisse theilt.

3. Die auf den Seiten 20 und fg. erörterten Sätze, wonach der Abschluss der Ehe, die Entstehung des gesetzlichen Niessbrauches, die Novation etc. das Fruchtverhältniss in das Kapitalverhältniss verwandeln, sind von unserm Standpunkt ebenfalls sehr erklärlich. In Bezug auf diese Fälle könnten wir dasjenige wiederholen, was wir von dem Uebergang der Güter in andere Hände gesagt haben. In der That geschieht hier vom rechtlichen Standpunkt wesentlich dasselbe, wie beim Wechsel der Inhaber der Güter. Der Schuldner vor der Novation und nach derselben, der Inhaber des zur Dos gegebenen Grundstücks vor dem Eheabschluss (Bräutigam) und nach demselben (Ehemann) — sind vom rechtlichen Standpunkt verschiedene Personen in dem Sinne, dass sie nunmehr in einer andern rechtlichen Qualität auftreten. Ebenso ist der Kronprinz vor der Thronbesteigung und nach derselben eine verschiedene staatsrechtliche Person. Wenn man von seinem Geschäftsführer auf die gesammte Summe des Kapitals und der Einkünfte einen Novations-Wechsel ausstellen lässt, so scheidet die Person des Auftragsschuldners aus, um einem Wechselschuldner Platz zu machen. Dass der bisherige Beauftragte die Summe durch die periodischen Einnahmen vom verwalteten Kapital gewonnen hat, soll jetzt vergessen werden, wie alle übrigen persönlichen Verhältnisse, welche zum Auftrag und seiner Ausführung gehört haben. Es wird so angesehen, als ob beim Ausstellen des Wechsels dem Wechselschuldner die ganze Valuta mit einmal übergeben wäre. Wenn ein Verwalter zum gesetzlichen Niessbraucher des Vermögens wird, so wird es so angesehen, als ob im Moment der Entstehung des Niessbrauches dem Usufructuar das ganze Niessbrauchsvermögen mit einem Mal übergeben wäre. Kurz, wenn das Gesetz oder der Vertrag ein früheres Verhältniss aufheben und durch ein neues ersetzen, wollen sie auch die ursprünglichen Fruchtverhältnisse aufheben. Auch diese Erscheinungen sprechen für uns, weil die objective Thatsache, dass ein Gut Erzeugniss oder Erträgniss eines andern Gutes ist, durch den Parteiwillen nicht abgeändert werden kann. Die Verabredungen zwischen den Parteien können nur die subjectiven Verhältnisse abändern.

4. In den auf der Seite 22 fg. angeführten Fällen, wo die Sache, um deren Ertrag es sich handelt, nicht als Kapital des Verhältnisses figurirt (nicht das Grundstück ist geschenkt, zur Dos gegeben, in Besitz genommen, sondern nur die Erträgnisse desselben; es handelt sich nicht um die Producte der res dotalis, donata, empta, furtiva etc., sondern um die donatio . . ., das furtum der Producte einer dem Verhältnisse fremden Sache), fehlen gleichfalls die von uns als wesentlich bezeichneten Merkmale des Fruchtverhältnisses (gegenüber dem Beschenkten, dem Ehemanne, dem Diebe). Hier fehlt der Causalzusammenhang zwischen dem Haben eines Kapitals und dem Gewinn. Die Ursache der Ein-

nahme liegt nämlich nicht im Kapitalverhältniss des Gewinnenden zu der Sache, um deren Producte es sich handelt, weil hier überhaupt kein Verhältniss des Gewinnenden zu dieser Sache existirt. Der wahre Grund des Gewinnes liegt in ganz andern Thatsachen (in der speciellen Einwilligung des Kapitalisten in die Sammlung gewisser Producte, der eigenmächtigen Handlung des Gewinnenden, welche sich lediglich auf die Producte einer Sache, nicht aber auf diese Sache selbst bezieht: Obstdiebstahl).

5. Der Satz, nach welchem der Mandatar und andere Personen, welche aus eigenen Mitteln die von ihrem Principal geschuldete Summe des Kapitals und der Einkünfte bezahlen, die ganze Summe als ein einheitliches von ihnen geopfertes Kapital mit Zinsen zurückfordern, ist von unserm Standpunkt ganz selbstverständlich. Zu der ganzen Summe stehen die Parteien, der Principal und der Geschäftsführer, in einem einheitlichen Verhältnisse, in pari causa. Der Principal hat von seinem Geschäftsführer eine einmalige Hilfe erfahren. Die Summe ist in keinem Theil durch wiederkehrende Gewinne aus dem Kapital des Geschäftsführers gebildet. Sie kam dem Principal mit einem Male durch die Opferwilligkeit des Freundes zu Gute.

6. Ebenso ist klar, warum der Ehemann, welcher das Dotalgrundstück verpachtet hat, in die Summe der Dotalfrüchte des letzten Jahres nicht den Werth der Producte des Grundstücks, sondern den Pachtzins einwirft u. dgl. Die Producte bilden zwar den Ertrag des Grundstückes, aber keineswegs das Einkommen des Ehemannes. Die Producte „obveniunt" dem Pächter, k o m m e n in die Kasse des Pächters e i n, sie laufen aber nicht zu dem Ehemann.

7. Warum leistet der Pächter die Summe des Pachtzinses nicht nach den Regeln über die Früchte?

Hier finden wir gleichfalls die wesentlichen Merkmale des Einkommens nicht vor. Die zu zahlende Summe des Pachtzinses ist für den Pächter gar keine Einnahme, sondern eine Ausgabe, welche auf Kosten seines Vermögens geschieht, um den geschlossenen Contract zu erfüllen. Den zu zahlenden Pachtzins kann der Pächter ebenso wenig als Einkünfte betrachten, wie der Käufer den zu zahlenden Kaufpreis.

Wenn wir dagegen das Verhältniss des Verpächters einer Sache zum Eigenthümer, welcher die Sache und die fructus zurückfordert, betrachten, so kommen wir zu dem Ergebniss, dass der Verpächter

die gewonnenen Pachtzinse als Früchte restituirt. Diese bilden ihm gegenüber die Einnahmen, welche jedes Jahr wiederzukehren fähig sind, und welche er in Folge seines Besitzverhältnisses (thatsächlichen Kapitalverhältnisses) zu der fremden Sache gewonnen hat.

§ 4. Gegenstand, Plan und Methode der Untersuchung.

Das Wort Einkommen ebenso wie die entsprechenden römischen Ausdrücke (fructus, reditus, quaestus) bedeutet zwei grundverschiedene Begriffe:

1. Einkommen (Einkünfte) bedeutet die Gegenstände der von Jemandem gezogenen periodischen Einnahmen in der Gestalt, in welcher sie eben gewonnen werden (Brutto-Einkommen in natura).

2. Einkommen bedeutet auch den Gesammtwerth dieser Gegenstände nach Abzug gewisser Kosten (in Geld geschätztes Reineinkommen).

In unsern Quellen ebenso wie im täglichen Leben ist viel häufiger vom zweiten Begriff die Rede als vom ersten.[1] Die moderne Literatur übersieht dagegen den zweiten Begriff fast gänzlich. Von der Schätzung des Einkommens in Geld findet man in der Literatur nicht mal eine Erwähnung. Man bemerkt nur bei der Darstellung gewisser Ansprüche, dass im betreffenden Falle von den Früchten die Productionskosten abzuziehen seien, als ob man von den „organischen Erzeugnissen" eine abstracte Grösse „Productionskosten" abzuziehen im Stande wäre, und als ob man genau wüsste, was eigentlich unter den Productionskosten zu verstehen ist. Den bis jetzt merkwürdigerweise noch nicht untersuchten Inhalt des Begriffes fructus im Sinne des geschätzten Reineinkommens versuchen wir in den §§ 10—15 (III. Theil) festzustellen.

In dem vorhergehenden Theil (§§ 5—9) beschäftigen wir uns mit den Einkünften im mehr concreten Sinne des Gewinnes in brutto. Und zwar bezieht sich die Untersuchung hauptsächlich auf die Einkünfte vom Kapital (fructus, reditus), welche im Civilrecht und besonders im römischen Civilrecht eine viel wichtigere Rolle spielen, als das verdiente (persönliche) Einkommen. Indessen, da die Lehre vom Fruchtersatz, wie wir uns später überzeugen werden, ohne eine genaue Kenntniss des Begriffes des verdienten Einkommens, selbst nicht richtig erkannt werden kann, so müssen

1) Darüber das Nähere unten.

wir auch den Inhalt des persönlichen Einkommens festzustellen versuchen. In Rom, wo die Production fast ausschliesslich durch Sclavenarbeit betrieben wurde, hatte der Begriff des verdienten Einkommens eine verhältnissmässig sehr geringe praktische Bedeutung, jedenfalls eine viel geringere, als bei modernen socialwirthschaftlichen Verhältnissen. Daher finden wir in den Quellen nur ein sehr spärliches Material für die genauere Bestimmung des verdienten Einkommens vom privatrechtlichen Standpunkt. Wir gewinnen das nöthige Material hauptsächlich auf indirectem Wege den Quellen ab. Diese beschäftigen sich nämlich sehr eingehend mit verschiedenen Arten des Erwerbes, welchen ein Sclave machen kann. Vom wirthschaftlichen Standpunkt ist aber der Sclave nicht ein passives Kapitalstück, welches man als Erwerbsmittel gebraucht, sondern ein actives Subject, ein Wirth, welcher selbst producirt und erwirbt. Darum kann sich unter den vom Sclaven gemachten Gewinnen auch dasjenige befinden, was vom wirthschaftlichen Standpunkt als das von ihm gewonnene persönliche Einkommen erscheint. Vom Standpunkt des römischen Rechts verwandelte sich freilich das persönliche Einkommen des Sclaven in das Einkommen des Herrn, und zwar in das Einkommen vom Sclaven als einem Kapital. Wenn Jemand einen Niessbrauch am Sclaven hatte, so gehörten die Einkünfte vom Sclaven dem Niessbraucher, die übrigen Einnahmen dagegen dem Proprietar. In dieser Weise trat ein Gegensatz zwischen dem „persönlichen Einkommen“ und den übrigen persönlichen Einnahmen des Sclaven hervor. In Wirklichkeit geschah es oft, dass dem Sclaven der von ihm gemachte Gewinn nicht weggenommen wurde, so dass der servus thatsächlich ebenso wie eine freie Person nur für sich erwarb und das Erworbene selbst genoss (si forte ipse servus ex operis vel artificio suo solebat se exhibere l. 11 § 1 D. ad exh. 10, 4; servi ... labore suo pascantur l. 22 § 4 C. de adm. tut. 5, 37). In diesem Falle erschien es besonders klar, dass diejenigen Güter, welche nach strictum ius fructus servi als eines Kapitalstückes sind, nach der naturalis ratio das persönliche Einkommen des Sclaven bilden. Unter Umständen wurde der Einkommenserwerb zu eigenem Nutzen dem Sclaven auch rechtlich garantirt, z. B. im Falle der l. 3 § 8 D. de statu liberis 40, 7: Si quis servum iussum decem dare et liberum esse operari prohibeat, vel si, quod ex operis suis meret, abstulerit ei heres, vel si, quod ex mercedibus suis coegit, heredi dederit, an ad libertatem perveniat? et puto, si quidem ex operis

dederit vel undecumque dederit, ad libertatem perventurum ... si testator vel ex operis ut det iussit, prohibitum operari ad libertatem perventurum non dubito.

Die persönlichen Einkünfte eines Menschen werden nach römischem Recht künstlich in die Einkünfte eines andern Menschen auch in einem zweiten Institut verwandelt, nämlich durch die Regeln über die persona libera bona fide serviens. Wenn in Folge eines Irrthums eine freie Person als ein Sclave eines Anderen erschien, so wurde das persönliche Einkommen des vermeintlichen Sclaven dem vermeintlichen Herrn gewährt, der übrige persönliche Erwerb dagegen verblieb dem bona fide serviens. Auch hier kann man den Quellen den Unterschied zwischen dem persönlichen Einkommen und dem übrigen persönlichen Erwerb abgewinnen.

Im Gebiete der Societätsverhältnisse finden wir endlich eine directe Bestätigung dafür, dass die römischen Juristen die Gegenstände des persönlichen Einkommens nach denselben Grundsätzen von den übrigen persönlichen Einnahmen unterschieden haben, wie die durch den dominus von einem Sclaven gewonnenen fructus von den übrigen Sclavengewinnen, welche keine fructus sind.

Die Classification der Gegenstände des Sclavenerwerbes bietet für uns also ein doppeltes Interesse: ein geschichtliches Interesse für die Fruchtlehre, indem wir hier eine eigenthümliche, jetzt nicht mehr existirende Art von Früchten kennen lernen; ein geschichtliches und zugleich dogmatisches Interesse für die Lehre vom persönlichen Einkommen. Dieser Classification widmen wir daher einen besonderen Abschnitt der Untersuchung (§ 5).

Die Erörterung über die Einkünfte vom Kapital im engen, modernen Sinne muss wiederum in zwei Abschnitte getheilt werden, je nachdem das Kapital einen einheitlichen Gegenstand oder eine Gesammtheit gleichartiger Stücke bildet. Was im ersteren Falle kein Einkommen bildet, kann im letzteren Falle als Einkommen gelten, und umgekehrt.

Die Methode ist die inductive, obwohl wir einige in dieser Weise gewonnene allgemeine Sätze im voraus mitgetheilt haben (§ 3).

Als Kriterium, welches entscheidet, ob das römische Recht eine gewisse Einnahme als Frucht betrachtet, werden wir hauptsächlich die einzelnen positiven Entscheidungen der römischen Juristen gebrauchen, in welchen die praktische Anwendung folgender allgemeiner Rechtssätze enthalten ist:

1. Der Niessbraucher und der gutgläubige Besitzer erwerben

die Früchte vom Gegenstand des Niessbrauches oder des Besitzes. Andere Einnahmen, welche das Kapital einbringt, werden dem Proprietar resp. dem wirklichen Eigenthümer des Kapitals zugewiesen. Darnach ist für die Entscheidung, ob die fragliche Einnahme Frucht ist, darauf zu sehen, wem dieselbe durch die Quellen rechtlich gewährt wird.

2. Der Ehemann restituirt nach Auflösung der Ehe als Dos alle Einnahmen aus dem ursprünglichen Dotalkapital ausser den während der Ehe bezogenen Früchten. Ebenso behält die Früchte der Vermächtnissschuldner, welcher den vermachten Gegenstand leistet. Frucht ist demnach dasjenige, was die Quellenentscheidungen diese Schuldner für sich behalten lassen.

3. Der malae fidei possessor, der Verwalter eines fremden Vermögens etc. müssen ausser dem besessenen oder verwalteten Kapital auch die von ihnen gewonnenen oder durch Nachlässigkeit nicht gegewonnenen Früchte (sogen. fructus percipiendi) restituiren.

4. Auch im Institute der Theilung der Dotalfrüchte des letzten Jahres finden wir ein bequemes und sicheres Kriterium für das Fruchtverhältniss gewisser Einnahmen, indem nur Früchte, nicht aber andere Einnahmen des letzten Jahres der Ehe getheilt werden. Was getheilt wird, ist sicher eine Frucht.

Beim Gebrauch der ersten zwei Rechtssätze als Kriterien des Fruchtverhältnisses der Gewinne muss man in einer Hinsicht vorsichtig sein. Das Haben eines Kapitalstückes gewährt dem Wirthe unter Umständen Gelegenheit (occasio), gewisse Gewinne zu machen, deren Quelle ohne genauere Analyse im betreffenden Kapitalstücke (im Haben desselben) zu liegen scheint, in Wirklichkeit aber ganz anderswo zu suchen ist; z. B. der Niessbraucher eines Grundstückes findet in demselben einen Schatz. Als Finder bekommt er nach römischem Recht eine Hälfte davon zum Eigenthum. Die andere Hälfte gehört dem Proprietar des Grundstückes als solchem. Die Finderhälfte ist nun für den Niessbraucher keineswegs eine Einnahme vom Niessbrauchsgrundstück. Sie ist eine rein persönliche Einnahme, weil der wahre Grund des Gewinnes nicht in seinem Verhältniss zum Grundstück liegt, sondern in einem persönlichen Umstand, nämlich darin, dass er eben der Finder ist. Ein Besitzer eines fremden Kahnes bekommt für eine Rettung aus dem Wasser, welche ihm durch das Haben des Kahnes ermöglicht wurde, eine hohe Belohnung. Die Summe ist gleichfalls keine Einnahme von fremdem Kapital, dem Kahne, sondern eine persönliche Einnahme des Retters, obwohl der Kahn als ein Werkzeug bei der Rettung

gebraucht wurde. Solche Gewinne, wenn wir die römische Terminologie gebrauchen, bilden kein lucrum ex ea re; sie sind keine Einnahmen, welche im Causalnexus mit dem Haben eines Kapitals ständen, trotzdem sie bei Gelegenheit des Habens desselben, per occasionem rei, gewonnen sind. Wir werden im Folgenden mehrfach mit derartigen Gewinnen zu thun haben. Dem Niessbraucher, dem Ehemanne etc. werden in den Quellen derartige Gewinne mit den Früchten zusammen zugeschrieben, so dass auf Grund der obigen Rechtssätze prima facie der Schein entsteht, als ob sie auch im Fruchtverhältniss ständen. Wir können die angeführten Grundsätze über die Vertheilung der Einnahmen zwischen dem Niessbraucher, dem Ehemann und ihren Gegenparteien, je nachdem diese Einnahmen Früchte oder Nichtfrüchte sind, nur dann mit Sicherheit als Kriterien des Fruchtverhältnisses benutzen, wenn wir vorerst diejenigen Einnahmen ausscheiden, deren Ursache nicht im Verhältniss des Niessbrauchers etc. zum Kapital liegt.

Für diese Ausscheidung haben wir in den Quellen wieder ein sicheres Kriterium in der praktischen Anwendung folgender Rechtssätze in den Entscheidungen:

1. Das wahre commodum rei gehört entweder dem Frucht- oder dem Kapitalberechtigten, je nachdem dasselbe zu den Früchten oder zu den Nichtfrüchten gehört. Der Gewinn per occasionem rei kann dagegen ebenso dem Fruchtberechtigten wie seiner Gegenpartei gehören, je nachdem diese oder jene Partei die occasio benutzt hat. Die Finderhälfte des Schatzes gehört z. B. dem Niessbraucher oder dem Proprietar, je nachdem dieser oder jener den Schatz wirklich gefunden hat. Was nach den Quellen nicht der einen von beiden Parteien ausschliesslich gebührt, sondern bald der einen, bald der andern, je nachdem die occasio zu Gunsten dieser oder jener eintrat, ist nicht zum lucrum ex re zu rechnen.

2. Den Miteigenthümern eines Kapitalstückes gebühren pro rata alle Einnahmen, deren wirkliche Quelle das betreffende Kapitalstück ist. Was nur per occasionem des gemeinsamen Kapitals ein Miteigenthümer dank seinen persönlichen Umständen, seinem eigenen Vermögen oder sonst aus den dem gemeinsamen Kapital fremden Quellen erwirbt, behält er für sich.

3. Gewisse Personen (der malae fidei possessor, der Verkäufer etc.) müssen mit dem Kapital alle Einnahmen aus demselben (omne lucrum, commodum rei) zurückerstatten. Wenn auf die

fragliche Einnahme dieser Satz nicht angewendet wird, bildet sie kein lucrum ex ea re.

Durch die Combination und Vergleichung der Anwendung dieser und der oben angeführten Sätze auf verschiedene Arten der Einnahmen in den Quellenentscheidungen glauben wir eine sichere Classification der Gewinne erreichen zu können.

Die Unsicherheit und Bestrittenheit des Umfangs des Fruchtbegriffes in der modernen Literatur ist zum grossen Theil dem Umstande zuzuschreiben, dass man nicht genügend wählerisch in der Methode ist. Für die Entscheidung, ob ein Gewinn als Frucht zu betrachten ist, gebraucht man gewöhnlich folgende Kriterien:

1. Man sieht darauf, ob der fragliche Gegenstand in irgend welcher Quellenstelle als fructus bezeichnet ist. Diese Methode ist gewiss viel einfacher und leichter anzuwenden, als die oben dargestellte. Davon aber, dass sie unzuverlässig ist, haben wir uns schon zum Theil überzeugt. Sie führt zu dem Grundirrthum, aus welchem die gemeine objective Fruchttheorie entstanden ist, und welcher in dem Glauben besteht, dass gewisse Dinge, unabhängig von den persönlichen Verhältnissen der Parteien, immer als Früchte objectiv erkennbar sind. Ueber den Gebrauch des Wortes fructus in den Quellen werden wir eine besondere Ausführung liefern (§ 16), aus welcher hervorgeht, dass dieses Wort in der Geschichte der Sprachentwickelung viele Phasen durchgemacht hat; in jeder Epoche hat es eine verschiedene Bedeutung gehabt; mit der Entwickelung der Cultur hat es einen immer mehr abstracten Sinn gewonnen, ohne gleichzeitig seinen besonderen mehr concreten (homonymen) Sinn zu verlieren. Daraus entstand die Erscheinung, dass das Wort fructus in unsern Quellen viele grundverschiedene Bedeutungen hat. Oft wird durch dieses Wort nur eine geschichtliche Tradition, nicht aber der technische juristische Terminus ausgesprochen. Hier wollen wir nur eine Stelle anführen, welche ganz klar zeigt, wie wenig man sich auf den Sprachgebrauch der Quellen verlassen kann:

Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdam materiae suasit admitti (l. 23 C. de usuris 4, 32).

Es ist nun ganz klar, dass hier das Wort fructus nicht im technischen Sinne gebraucht ist. Diese „fructus" sind gerade, wie die Stelle selbst sagt, das Kapital des Darlehns, welches die usurae (die Früchte im technischen Sinne in der Stelle) bringt.

Das Wort fructus bezeichnet hier diejenigen landwirthschaftlichen Producte, welche im Verkehr nach ihrer Masse und Qualität, nicht aber als Individuen in Betracht kommen, also Oel, Wein, Getreide, nicht aber die Thierjungen (eiusdem materiae). Mit andern Worten weist das Wort fructus hier auf einen von dem uns interessirenden ganz verschiedenen Gegensatz hin.

Den Sprachgebrauch der Quellen werden wir also nur als eine Nebenbestätigung der in anderer Weise nachgewiesenen Sätze benutzen. Wo dieser Sprachgebrauch den obigen Kriterien widerspricht, werden wir ihn einfach als einen ungenauen oder untechnischen bezeichnen.

2. Ausserdem spielen eine wichtige Rolle in der Literatur die übrigens spärlichen Aussprüche theoretischer Natur (meistens von Ulpian), welche die Ansicht des Juristen enthalten, warum gewisse Einnahmen als Frucht oder als Nichtfrucht durch das Civilrecht anerkannt sind.

Man hat aus diesen Aussprüchen die einzelnen Merkmale des Fruchtbegriffes deducirt, dadurch eine Begriffsbestimmung geschaffen, und nachher auf deductivem Wege die einzelnen Fragen danach entschieden. So verdanken wir die Theorie der wirthschaftlichen Bestimmung dem Ausspruch von Ulpian in der l. 27 pr. D. de H. P. 5, 3 (partus . . . fructus non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant). Dem Ausspruch desselben Juristen in der l. 7 § 13 D. s. m. 24, 3 (nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur) verdanken wir hauptsächlich die Theorie der organischen Erzeugnisse (vgl. oben § 1, Göppert, S. 14 fg.). Wie unzuverlässig derartige Aussprüche als Grundlage zur deductiven Entwickelung der Fruchttheorie erscheinen, werden wir gleichfalls im § 16 zeigen.

Jetzt genügt es, die Thatsache zu constatiren, dass Ulpian selbst seinen theoretischen Aussprüchen nicht so grosse Bedeutung zugeschrieben hat, wie die modernen Theoretiker. Dies bezeugen die l. 68 pr. de usu. fr. 7, 1 und die l. 9 §§ 2. 3, l. 13 § 5 eod., wo der Jurist zu Ergebnissen gelangt, die den beiden obigen Aussprüchen widersprechen. Auch hier ist nicht zu vergessen, dass nur die positiven Entscheidungen, nicht aber die wirthschaftlichen, ethischen, naturwissenschaftlichen und dgl. Ansichten von Ulpian oder einem andern Juristen für uns entscheidend sind.

Die Darstellung wäre uns sehr erschwert, wenn wir bei jeder Art von Gewinnen wiederholen müssten, dass diese dann einer

Person gegenüber als fructus behandelt werden, wenn diese Person im Kapitalverhältniss zur Quelle des Gewinnes steht. Dass diese Voraussetzung nothwendig ist, haben wir schon oben quellenmässig nachgewiesen (§§ 2. 3). Darum werden wir in der weiteren Darstellung dieselbe ausdrücklich nicht hervorheben. Wir können also z. B. einfach die Frage erörtern, ob die Mineralausbeute, der Miethszins und dgl. Frucht eines Grundstückes, eines Hauses und dgl. bilden. Dies bedeutet nicht, dass die gewonnenen Mineralien, der Miethszins an sich, ohne Rücksicht auf persönliche Verhältnisse der Parteien, als Früchte des Grundstückes, des Hauses erscheinen, sondern im Gegentheil, dies bedeutet, dass wir alle nöthigen persönlichen Verhältnisse stillschweigend voraussetzen. Ebenso abgekürzt lauten oft die Quellenentscheidungen, z. B.:

Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. [1]

Hier wird stillschweigend vorausgesetzt:

1. Dass die pecora selbst sich im Verhältniss des Niessbrauchskapitals befinden;
2. dass die Viehstücke als einzelne Thiere, nicht aber als eine Heerde im Verhältniss zum Niessbraucher das Nutzungskapital bilden;
3. dass die Thierjungen während des Niessbrauchsverhältnisses geworfen sind.

In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana. [2]

Auch hier sind die obigen Voraussetzungen zu subintelligiren. Nur ist hier nicht nur an den Niessbraucher ausschliesslich zu denken, sondern an jede beliebige Person, welche von den pecudes, als vom Gegenstand ihres Rechtes, Jungen etc. gewinnt. Wem gegenüber ein Thier als selbständiges Kapitalstück behandelt wird, dem gegenüber fallen die von ihm gewonnenen Thierjungen immer in das Fruchtverhältniss. Uebrigens giebt es im Corpus iuris nur eine sehr geringe Anzahl solcher unvollständigen Aussprüche. In der überwiegenden Anzahl der Stellen sind die persönlichen Verhältnisse näher angedeutet.

---

1) l. 68 § 1 D. de us. fr. 7, 1.
2) l. 28 pr. D. de usuris 22, 1.

II. Theil.

Einkünfte in brutto.

§ 5. A. Persönliche Einkünfte

(Classification des Sclavenerwerbs, Begriff des quaestus).

Die Quellen unterscheiden folgende Arten des Sklavenerwerbes:[1] 1. ex re domini, fructuarii, possessoris etc., 2. ex operis suis, 3. ex aliis causis (als Beispiele werden gewöhnlich die dem Sclaven hinterlassene Erbschaft oder Vermächtniss und die ihm gemachte Schenkung angeführt).

Denjenigen Personen, für welche ein Sclave als Nutzungskapital erscheint, werden nun seine Erwerbe ex re des Fruchtberechtigten und ex operis suis gewährt.

De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus,

---

1) Neue Literatur über den Sclavenerwerb: Ihering, Abhandlungen aus dem römischen Recht S. 29 fg.; Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht Heft 1 S. 57 fg. (Noten); Pernice, Labeo II S. 170 fg.; Czyhlarz, in Glücks Commentar, Serie der Bücher 41 u. 42, Th. 1 S. 526 fg.; Kuntze, Der servus fructuarius des römischen Rechts; Salkowski, Zur Lehre vom Sclavenerwerb. Im letzten eingehenden und gründlichen Werke über den Sclavenerwerb ebenso wie in den übrigen citirten Schriften ausser denen von Ihering und Mommsen wird übrigens die technische Frage über das lucrum ex servo und das lucrum per occasionem servi nicht näher erörtert. Nach der Theorie von Ihering über das commodum rei, welche Mommsen weiter entwickelt, gehört der Gewinn ex re und contemplatione alicuius zum commodum servi. Wir gelangen zum entgegengesetzten Ergebniss, ohne gegen die Theorie zu polemisiren. An einem andern Orte werden wir zu zeigen versuchen, dass dieselbe in ihrem Grundprincip einen erheblichen Fehler enthält. Die Stellen, welche wir im Text für unsere Meinung anführen, betrachten wir als genug beweisend. — Zu den fructus servi rechnet man gewöhnlich den Erwerb ex re und ex operis (Vgl. z. B. Göppert. S. 28 am Ende, S. 29; Czyhlarz S. 527 fg., S. 531; auch Petražycki, Fruchtvertheilung, S. 123). Salkowski (S. 118 Anm. 8) bezeichnet nur den Erwerb ex operis als fructus servi (ebenso Kuntze). Die Untersuchung nach der im § 4 dargestellten Methode ergiebt, dass der Erwerb ex re dahin nicht gehört, und dass die l. 4 D. de op. serv. 7, 7 wirklich den Gegenstand des fructus servi erschöpft. Wir nehmen also unsere in der citirten Abhandlung geäusserte Meinung zurück.

ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur, quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. itaque si iste servus heres institutus sit legatumve quod ei datum fuerit, non mihi sed domino proprietatis adquiritur (Gai II § 91).

Per liberos quoque homines et alienos servos, quos bona fide possidemus, adquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est si quid ex operis suis vel ex re nostra adquirant (Gai III § 164).

Dieselbe Regel gilt für die Erwerbe des servus dotalis:

Nam quod ex re mariti quaesiit vel ex operis suis, id ad maritum pertinet (l. 19 § 1 D. de. pec. 15, 1).

Darnach könnte man glauben, dass die Erwerbe ex re und ex operis gleichartige Dinge und namentlich fructus servi seien. Dies wäre indessen falsch. Der Erwerb ex re usufructuarii etc. bildet für den Niessbraucher überhaupt keine Einnahme vom Sklaven, als einem Kapitalstück, kein lucrum, commodum servi. Diess kann sehr genau quellenmässig nachgewiesen werden (vgl. oben S. 55 fg.):

1. Diejenigen Personen, welche mit der res omne lucrum, commodum rei herausgeben, behalten das ex re sua durch den Sklaven Erworbene. So heisst es vom Kauf:

Item si quid ex operis servorum vel vecturis iumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur, et si quid peculio eorum accessit, non tamen si quid ex re venditoris (l. 13 § 13. D. de act. empti 19, 1).

Ebenso restituirt der Besitzer: et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit (l. 20 D. de R. V. 6, 1).

2. Indem das lucrum ex re communi den Miteigenthümern im Allgemeinen pro rata gebührt, wird der Erwerb des gemeinsamen Sklaven ex re alterius dominorum schliesslich diesem letzteren allein zugeführt, „quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit (l. 24. D. comm. div. 10, 3).[1]

3. Endlich, dass der Erwerb ex re weder dem Rechte über die Früchte, noch dem Rechte über die übrigen Einnahmen aus dem Kapital unterworfen ist, beweist folgende eigenthümliche Erscheinung:

Cum servus, in quo alterius ususfructus est, hominem emit et

1) Ueber den Erwerb ex re durch den gemeinsamen Sclaven vgl. Salkowski S. 64 fg.

ei traditus sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem adquisierit: et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intelligitur fructuarii homo fuisse: cum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex post facto fuisse videtur (l. 43 § 2 D. de a. r. d. 41, 1).[1]

Der Sclave erwirbt also dem Niessbraucher oder dem Eigenthümer, je nachdem er ex re domini oder fructuarii die Mittel zum Erwerb hernimmt. Wenn es noch ungewiss ist, aus wessen Mitteln er die Gegenleistung im fraglichen Erwerbsgeschäfte nehmen wird, so entseht ein in der Stelle beschriebener Zustand der Schwebe. Diese Regel widerspricht der Anwendung des Rechts der Früchte, denn diese gehören dem Niessbraucher; sie widerspricht der Anwendung des Rechts über das übrige lucrum ex re, denn dieses gehört dem Proprietar.

Die wahre Quelle des Erwerbes ex re usufructuarii, domini . . . ist eben durch die technische Bezeichnung ex re fructuarii richtig angegeben. Das ist eine Einnahme, welche der Niessbraucher, der b. f. possessor . . . aus anderweitigen eigenen Kapitalien ziehen; sie machen ein lucrum zwar per occasionem servi, nicht aber ex servo. Wenn der Sclave das Haus des Niessbrauchers vermiethet, aus Mitteln des Niessbrauchers eine Sache kauft, das Geld des Niessbrauchers zum Darlehn giebt, so ist der Miethszins, die gekaufte Sache, die Darlehnsforderung ein Erwerb, dessen Quelle gar nicht der Sclave, sondern das Haus, das Geld des Niessbrauchers ist. Darum kann auch der Usuar, welchem im allgemeinen nur der Gebrauch der Sache, nicht aber deren Früchte und andere Gewinne aus derselben gebühren, durch den Sclaven ex re sua gewinnen:

Per servum usuarium si stipuler vel per traditionem accipiam, an adquiram, quaeritur, si ex re mea vel ex operis eius. et si quidem ex operis eius, non valebit, quoniam nec locare operas eius possumus: sed si ex re mea, dicimus servum usuarium stipulantem vel per traditionem accipientem mihi adquirere, cum hac opera eius utar (l. 14 pr. D. de usu 7, 8 vgl. l. 20 eod.).

Von dem Erwerb ex re sua und ex operis servi, welcher den fruchtberechtigten Personen gewährt wird, kann also nur der Erwerb ex operis als fructus servi erscheinen. Ausser den Regeln,

1) Das Nähere über den Schwebezustand vgl. Kuntze S. 65 fg.; Salkowski S. 197 fg.

dass die Fruchtberechtigten ex operis servi erwerben, dass der Ehemann, welcher alle Einnahmen aus dem Dotalkapital ausser den Früchten restituirt, den Erwerb ex operis servi dotalis lucrirt, beweisen das Fruchtverhältniss des Erwerbes ex operis servi noch folgende Sätze:

1. Das Aequivalent für die operae servorum figurirt unter den fructus percipiendi (l. 79 D. de R. V. 6, 1);

2. Auch bei der Theilung der Dotalfrüchte wird davon gesprochen (l. 7 § 10 D. s. m. 24, 3).

Endlich werden nur die operae servorum und mercedes für die operae, nicht aber die anderen Gewinne aus dem Sclaven durch die allg. Aussprüche der Quellen als fructus servi bezeichnet.

Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt (l. 4 D. de oper. serv. 7, 7).

In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes (l. 3. eod.).

Dem Erwerbe ex operis werden hereditas, legatum, donatio entgegengestellt. Diese gehören regelmässig nicht dem Fruchtberechtigten, sondern demjenigen, welchen das Kapital folgt. Uebrigens sind auch unter den Zuwendungen an den Sclaven verschiedene Fälle zu unterscheiden. Die Absicht des Zuwendenden kann nämlich dahin gehen, dass der Gegenstand gerade dem Fruchtberechtigten zu Gute komme. Z. B. er macht die Schenkung dem Sclaven mit der Absicht, dass das Geschenk dem Niessbraucher desselben ausgeliefert werde. Solche Fälle bezeichnen die Quellen als donatio, legatum ... contemplatione, respectu, gratia fructuarii, mariti etc. In gewissen Fällen, namentlich immer bei Zuwendungen unter Lebenden,[1] wird dieser Wille berücksichtigt, so dass das Recht die Zuwendung demjenigen zuspricht, dem sie nach der Absicht des Zuwendenden zufallen soll.

Sed et si quid donetur servo, in quo usus fructus alterius est, quaeritur, quid fieri oporteat. et in omnibus istis, si quidem contemplatione fructuarii aliquid ei relictum vel donatum est, ipsi adquiret: sin vero proprietarii, proprietario. si ipsius servi, adquiretur domino (l. 22. D. de usu fruct. 7, 1).[2]

1) Das Nähere vgl. bei Salkowski S. 170 fg.
2) Vgl. Fragm. Vat. § 71.

Bei den Dotalverhältnissen werden auch die Zuwendungen mortis causa analog behandelt:

Et ideo, si respectu mariti heres sit institutus (servus dotalis) vel ei legatum datum, id eum non debere restituere Pomponius scribit (l. 19 § 1 D. de pec. 15, 1, vgl. l. 65 D. de i. d. 23, 3).

Den Erwerb nun, welchen der Fruchtberechtigte aus dem Grunde macht, weil die Zuwendung an ihn gerichtet ist, müssen wir wiederum als ein lucrum per occasionem servi, nicht aber ex servo adquisitum ausscheiden.

Dieser Gewinn ist keine Einnahme aus dem Niessbrauchs- oder dem Dotalkapital (dem Sclaven), sondern eine rein persönliche Einnahme des Fruchtberechtigten. Die Quelle des Gewinnes liegt in persönlichen Beziehungen des Zuwenders zum Fruchtberechtigten.

Dass dies richtig ist, beweisen folgende Entscheidungen:[1]

1. ... requirendum tamen et illud est, num cum incremento restituere heres rogatus sit hereditatem: si enim hoc fuerit subsecutum, etiam eam hereditatem (quam servus hereditarius ab alio institutus adiit) restituere cogitur, nisi evidentissimis probationibus fuerit ab herede adprobatum contemplatione sui servum esse institutum (l. 65 § 4 D. ad sctum. Treb. 36, 1).[2] Zu vergleichen mit der l. 45 eod.:

Qui rogatus est restituere, quod ex bonis alicuius ad eum pervenit, ea restituit, quae ex hereditate habet, non quae habet ex persona sua.

Die vom erbschaftlichen Sclaven erworbene Erbschaft wird also dann nicht als eine Einnahme aus dem erbschaftlichen Kapitalstück, dem Sclaven, behandelt, wenn die Erbeseinsetzung des Sclaven aus persönlicher Rücksicht auf den Erben und Fideicommissschuldner geschah.

2. Wenn die Zuwendung contemplatione eines der Miteigenthümer geschah, kommt sie nur diesem zu Gute.[3]

3. Während das lucrum ex re dem Frucht- oder dem Kapitalberechtigten ausschliesslich gehört, je nachdem es Frucht oder

1) Vgl. l. 45 § 4 D. 29, 2, wo der Erwerb contemplatione mit dem Erwerb ex re possessoris zusammengestellt wird.
2) Ueber die Stelle vgl. Lenel, Palingenesia, Gaius u. 395.
3) l. 13 de donat. 39, 5; über die Worte donatum voluit vgl. die l. 12 § 2 mand. 17, 1. Salkowski S. 58 fg.

Nichtfrucht ist, kann der Erwerb contemplatione personae je nach der Absicht des Zuwenders dem einen oder dem andern zufallen.

Einen dem allgemeinen Grundsatz über den Erwerb contemplatione, als ein lucrum non ex servo, widersprechenden Ausspruch von Ulpian enthält l. 13 § 18 D. de act. empti 19, 1. Danach muss der Verkäufer alle Zuwendungen an den Sclaven dem Käufer restituiren „nec distinguendum cuius respectu ista sint relicta". Wie dies zu erklären, wissen wir nicht. Vielleicht hat Ulpian den Parteiwillen bei dem Kauf dahin gedeutet, dass der Verkäufer mit dem Slaven auch die erwarteten oder möglichen Erwerbe per servum von Dritten zu leisten verspricht.[1] Jedenfalls kann man in Rücksicht auf die oben angeführte Behandlung des Erwerbes contemplatione alicuius die in der l. 13. § 18 cit. enthaltene Entscheidung keinesfalls für den Ausdruck eines allgemeinen Principes halten.

In die Lehre von der Eintheilung der Einnahmen aus dem Kapital in Früchte und Nichtfrüchte gehören also nur diejenigen Zuwendungen an den Sclaven, welche seinem Herrn nur aus dem Grunde zufallen, weil er der Eigenthümer ist, ohne Rücksicht auf irgend welche Absichten des Zuwenders. Diese bilden wirklich ein lucrum ex servo, ebenso wie die Hälfte des im Grundstücke gefundenen Schatzes, welche dem Eigenthümer des Grundstückes als solchem zufällt, ein lucrum ex fundo ist. Der Causalnexus zwischen dem Eigenthum an einem Kapitalstück und dem daraus sich ergebenden Gewinn ist in beiden Fällen gleich vollständig. Dabei hat es keine Bedeutung, ob der Dritte bei der Zuwendung gerade dem Sclaven den Genuss eines Gegenstandes gewähren wollte (l. 22 D. de usu fr. 7, 1) oder keine bestimmten Absichten darüber ausgesprochen hat (contemplatione servi — indistincte, l. 49 D. de a. r. d. 41, 1). Denn für den Herrn ist nicht die persönliche Gunst des Zuwenders Quelle und Grund seines Erwerbes, sondern nur die Thatsache, dass er dominus servi ist.

Entspricht nun die Eintheilung des wirklichen lucrum ex servo in Früchte und Nichtfrüchte, je nachdem der Erwerb ex operis oder ex alia causa geschieht, unserer Eintheilung der Einnahmen in die wiederkehrenden und einmaligen? Die Uebereinstimmung ist klar. Denn der Arbeitslohn ist, wie die Arbeit selbst,

1) Vielleicht ist der Text der Stelle verdorben. Es ist möglich, dass Ulpian von den Zuwendungen an den mancipirten, aber noch nicht tradirten Sclaven gesprochen hat.

eine wiederkehrende Erscheinung. Dass man vielleicht im concreten Fall eine regelmässig wiederkehrende Einnahme aus seiner Arbeitskraft nicht zu erzielen im Stande ist (z. B. wegen einer Krankheit, oder weil man keinen Arbeitgeber findet), verschlägt gegen unsere Theorie nichts. In abstracto kann die Arbeit und ihre Frucht mit jedem Morgen wiederkehren (operas nocturnas vel diurnas locare Paulus S. II, 18, 1).

Ausser seiner Arbeitskraft hat aber der Sclave, welcher als solcher vermögenslos ist, überhaupt keine andere Quelle periodischer Einnahmen. — Auf die periodische Wiederkehr der Erbschaftserwerbe, der Vermächtnisse, der Schenkungen rechnet kein verständiger Mensch. Darum werden solche Gewinne als Vergrösserung des Stammvermögens betrachtet und entsprechend behandelt. Darum werden sie zum Kapital der Dos geschlagen, dem Niessbraucher abgesprochen u. s. w. Sie können nach verständigen Wirthschaftsregeln nicht als Consumptionsfond für die onera matrimonii, für den Niessbraucher betrachtet werden.

Dabei darf man nicht glauben, dass hier der liberale Charakter der Zuwendung an sich von irgend welcher Bedeutung ist. Das ist nur eine zufällige Uebereinstimmung, dass die römischen Juriste gerade die liberalen Zuwendungen gewöhnlich als die den Fruchtberechtigten nicht gebührenden Erwerbe anführen. Die Ursache dieser Uebereinstimmung liegt darin, dass gerade die Liberalität eine im höchsten Grade unstätige, unregelmässige Erscheinung ist. Als Kapital werden auch andere Sclavenerwerbe behandelt, welche den Charakter einer zufälligen, der periodischen Wiederkehr unfähigen Erscheinung haben. So finden wir eine ausdrückliche Bestätigung in den Quellen, dass die Finderhälfte des vom Sclaven gefundenen Schatzes nicht dem Fruchtberechtigten, sondern dem Proprietar gehört (l. 63 § 3 D. de a. r. d. 41, 1). —

Den Regeln über den Sclavenerwerb sind diejenigen über den Erwerb eines liber homo bona fide serviens nachgebildet.[1]

Namentlich verbleibt der Erwerb ex operis dem vermeintlichen Herrn oder dem putativen Niessbraucher. Dagegen gehört der übrige Erwerb, welcher bei einem wirklichen Sclaven das nicht wiederkehrende lucrum ex servo bildet, dem bona fide serviens. Theoretisch freilich muss man die Erscheinungen anders formuliren. Der freie Mensch ist keine Sache, wie der Sclave, — kein Kapital-

1) Vgl. z. B. Ulp. fr. XIX, 21.

stück. Darum können wir das von ihm ex operis suis Erworbene nicht als Einkünfte vom Kapital bezeichnen. Dies sind die persönlichen Einkünfte der freien Person, welche das Recht ihm wegnimmt und dem vermeintlichen Herrn gewährt.[1]

Die dem vermeintlichen Sclaven hinterlassene Erbschaft, Vermächtniss, Schenkung, die Finderhälfte des Schatzes sind als persönliche Einnahmen desselben zu bezeichnen, welche den Charakter der Einnahmen an Kapital haben. Diese verbleiben dem bona fide serviens als sein Stammvermögen.

Wir haben gesagt, dass in der Eintheilung der Einnahmen vom Sclaven in Früchte und Nichtfrüchte die Ansicht der Römer über die Theilung der persönlichen Einnahmen in die Einkünfte und Kapitalgewinne sich wiederspiegelt. Zur Bestätigung ist es wichtig, mit der dargestellten Eintheilung die entsprechende Unterscheidung des römischen Rechts zwischen persönlichen Einkünften und andern persönlichen Einnahmen im Gebiete der Societätsverhältnisse zu vergleichen. Der Gesellschaftsvertrag kann bekanntlich sehr verschiedenen Umfang haben. Societas kann die gemeinsame Nutzbarmachung sowohl der sämmtlichen Kapitalien der Theilnehmer als auch zugleich ihrer persönlichen wirthschaftlichen Eigenschaften (societas omnium bonorum) zum Zwecke haben. In diesem Falle sind alle persönlichen und Kapitalseinnahmen und Einkünfte gemeinsam. Die Gesellschaft kann aber auch nur die Gewinnung aller oder gewisser Einkünfte von einem bestimmten Kapitalstück zum Zweck haben (in commune quaerendis fructibus l. 52 § 2 D. pro socio 17, 2; vgl. l. 15 eod.).

Ebenso kann die Gemeinschaft sich auf gewisse persönliche Einkünfte der Theilnehmer beschränken, das heisst nur die Nutzbarmachung gewisser Eigenschaften der Theilnehmer zum Zwecke haben, z. B.:

Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset . . . (l. 71 pr. D. eod.).

In beiden Fällen (societas fructuum quaerendorum und quaestus faciendi) handelt es sich gerade um Einkünfte. Was bei Gewinnen von Sachen fructus heisst, wird bei den Einnahmen, deren Quelle für die Gesellschaft eine Person ist, als quaestus bezeichnet.[2]

---

1) Aus Rücksicht auf die Sicherheit der Wirthschaft, vgl. Petražycki, Fruchtvertheilung S. 185. fg.

2) Vgl. übrigens über den Gebrauch des Ausdruckes quaestus unten S. 71 fg.

Wenn der Zweck der Gesellschaft in der Erziehung eines Sclaven zum grammaticus und der Ausnutzung dieses artificium bestände, so hätte der Jurist den technischen Ausdruck „quod fructus ex eo servo oder ex eo artificio percepissent“ gebraucht. Vgl. l. 31 D. de R. V. 6, 1:

Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. improbe tamen desiderabit fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.

Mehr Interesse hat für uns der bei den Römern anscheinend sehr verbreitet gewesene Fall, wo nicht nur gewisse persönliche Einkünfte, sondern, wie gewöhnlich bei Sclaven, die ganze Person mit ihren wirthschaftlichen Eigenschaften gleichsam zum Kapital, zum Erwerbsmittel für die Gesellschaft wurde. Diesen Typus bezeichnen die Quellen als societas lucri, quaestus, compendii oder einfach societas quaestus. Aus den Bestimmungen über diese Art der Gesellschaft ersieht man, dass diejenigen persönlichen Einnahmen der socii, welche sich als Zuwachs zum Stammvermögen darstellen, nicht getheilt wurden; den Gegenstand der Gemeinschaft bildeten vielmehr nur die persönlichen E i n k ü n f t e.

Duo colliberti societatem coierunt lucri quaestus compendii, postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est. neutrum horum in medium referre debere respondit (l. 71 § 1 D. pro soc. 17, 2).

Quaestus enim intelligitur, qui ex opera cuius descendit (l. 8. D. pro socio 17, 2).

Nec adiecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt[1] (l. 9 eod. von Ulpian).

Paulus libro sexto ad Sabinum: et quia plerumque vel a parente vel a liberto quasi debitum nobis hereditas obvenit (l. 10 eod.).

Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum: et ita de hereditate legato donatione Quintus Mucius scribit (l. 11 eod.).

Aus der l. 45 D. de adq. vel om. h. 29, 2 ersehen wir, dass

---

1) Die theoretische Erklärung „fortassis haec ideo . . .“ ist offenbar nicht stichhaltig (vgl. unten § 18). Sie ergiebt auch praktisch unrichtige Consequenzen, wie die Theilung der Finderhälfte des Schatzes etc. Die richtigere Formulirung vgl. l. 45 pr. §§ 1, 2. D. de adq. vel om. h. 29, 2.

die römischen Juristen von den Regeln über die Einnahmen der Sclaven directe Schlüsse auf die Eintheilung der persönlichen Einnahmen der freien Personen gemacht haben:

Aditio hereditatis non est in opera servili. Idcirco si servus dotalis adierit, actione de dote eam hereditatem mulier reciperabit, quamvis ea, quae ex operis dotalium adquiruntur, ad virum pertineant. Et cum quaestus et compendii societas initur, quidquid ex operis suis socius adquisierit, in medium conferet: sibi autem quisque hereditatem adquirit. Praeterea nec fructuarius quidem servus . . .

Es stand also fest, dass zum persönlichen Einkommen einer Person (quaestus) dieselben Einnahmen gehören, welche bei einem Sclaven als Einkommen des Herrn vom Sclaven (fructus servi) erscheinen.

Wenn die moderne Literatur die Uebereinstimmung der Begriffe fructus und quaestus gewürdigt hätte, so hätte man gewiss schon längst festgestellt, dass das Wesen des Begriffes fructus in den subjectiven Verhältnissen der Menschen zu den wirthschaftlichen Gütern zu suchen ist.

Auf Grund der obigen Ausführung können wir schliessen: unserem allgemeinen Begriff des Einkommens entsprechen zwei römische Begriffe: 1. quaestus, 2. fructus, wobei das Wort quaestus technisch das verdiente Einkommen, fructus das Einkommen vom Kapital bedeutet.

Das Wort quaestus im Sinne des persönlichen Einkommens kommt in unseren Quellen häufig vor. Uebrigens wird es selten auf die geachteten Arten des Erwerbes angewendet.[1] Meistens kommt es in den Verbindungen vor, welche eine Missachtung ausdrücken. So lauten die technischen Ausdrücke für die Prostituirten: mulieres quaestuariae[2], palam quaestum facere,[3] corpore

1) Wie z. B. ex professione advocati quaerere (l. 4 C. de advocatis 2, 7); quaestus ex artificio grammaticae (l. 71 pr. D. pro socio cit.); vgl. Plautus, Rudens 2, 1, 2: omnibus modis qui pauperes sunt homines miseri vivunt, praesertim quibus nec quaestus est nec artem didicere ullam. Plautus eod. 4, 3, 50—51: Non enim tu hic quidem occupabis omnis quaestus, quos voles: Et vitorem et piscatorem te esse, inpure postulas. Vgl. Lex metalli Vipascensis: tonstrinum quaestus causa facere (Bruns II, Cap. 1, 10, 35—40).

2) Lenas autem eas dicimus, quae mulieres quaestuarias prostituunt (l. 43 § 7 de ritu nupt. 23, 2), vgl. l. 1 C. si manc. 4, 56: in turpi quaestu mulier; l. 7 C. de postl. 8, 50: detestabilis quaestus.

3) L. 43 pr. 23, 2; Ulp. fr. XIII, 2.

quaestum exercere,[1] corpore quaestum facere,[2] in liberis quaestum exercere[3] etc. Von den Gladiatoren und Schauspielern heisst es: qui quaestus causa in certamina descendunt et omnes propter praemium in scaenam prodeuntes famosos esse[4]. — ... Extra auctorateis et quei sibei laqueo manus attulissent et quei quaestum spurcum professi essent . . . .[5]

Im Allgemeinen bemerkt man auch aus dem Ton und den Nuancen, welche das Wort quaestus begleiten, dass das persönliche (verdiente) Einkommen bei den Römern gering geschätzt, missachtet wurde. Dies ist übrigens auch anderweit sehr erklärlich, wenn man berücksichtigt, dass die Arbeit in Rom fast ausschliesslich den Sclaven zufiel, alle geachteten socialen Stellungen dagegen diejenigen innehatten, welche auf Kosten der fremden Arbeit lebten. Die moderne Kultur hat noch nicht das Recht erworben, diese Ansichten mit gutem Gewissen als barbarisch und unsittlich zu bezeichnen.

Das gemeinsame Wesen der Begriffe fructus und quaestus führte übrigens dahin, dass diese Bezeichnungen auch promiscue gebraucht wurden. So wurde oft dasjenige, was fructus ist, als quaestus bezeichnet, z. B.:

Si quem quaestum fecit is qui experiundum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit (ei), qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit (l. 13 § 1 D. commod. 13, 6).

quod etiam ad instrumenta pertinet, si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat (l. 22 pr. D. de instr. v. instr. 33, 7. Vgl. Pauli Sent. III, 6, 45 mit 41 eod.).

quod ut servo dominii iure largitus est et quae ex earum rerum quaestu ac fructibus conciliata sunt (l. 3 § 1 C. quib. ad lib. 7, 18).

fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis, similique modo pensionibus vel

1) l. 43 § 6 eod.

2) l. 43 § 2 eod.; l. 4 C. de episc. aud. 1, 4; l. 3 C. si manc. 4, 56; Pauli Sent. II, 26, 4.

3) l. 4 § 2 D. de his, qui not. 3, 2.

4) l. 2 § 5 D. de his, qui not. 3, 2; vgl. l. 23 §§ 1, 6 C. de nupt. 5, 4 (inhonesta professio).

5) Bruns II, 15 (iura sepulcrorum), 35.

vecturis navium sive iumentorum vel operis servorum vel quaestu civilium annonarum et aliis quae sunt eis similia parti mulieris restituendis (l. un. § 7 b C. de rei ux. act. 5, 13).

Auch hier bezeichnet das Wort quaestus die fructus (dotales).

exercitor appellatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pertinet (§ 2 J. quod cum eo 4, 7, vgl. Gai IV, 71). Vgl. l. 1 § 15 D. de exerc. act. (Exercitorem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt). [1]

Characteristisch ist auch der Ausdruck opera rei, welcher eine Sache metaphorisch mit einem arbeitenden und werbenden Menschen in Parallele stellt. [2]

Auf die Ergebnisse der persönlichen Thätigkeit (ohne das Kapitalhaben) wird das Wort fructus, wie es scheint, nur im metaphorischen Sinne angewendet, [3] was auch in die modernen Sprachen übergegangen ist (fruchtbare Thätigkeit, Frucht der Arbeit). — Beide verwandten Begriffe, fructus und quaestus, scheint der Ausdruck reditus zusammenzufassen.

Uebrigens haben wir in dem Corpus iuris keine Stelle angetroffen, wo das Wort reditus mit Sicherheit auch auf die persönlichen Einkünfte privater Leute zu beziehen wäre. Ueberall wird es im engeren Sinne der fructus gebraucht. In einem weiteren Sinne, als Einkommen aus verschiedenen Quellen, kommt reditus nur für das Staatseinkommen, im Allgemeinen für das Einkommen einer persona publica vor (reditus publici, reditus civitatis, reditus civilis, auch publicus quaestus etc.). [4]

1) Nonne sestertium centiens et octogiens . . . Romae in quaestu reliquisti. Cic. Or. in Pisonem 35. Quaestuosus ager. Cato R. R. 1. Quaestuosi fundi l. 10 C. de omni agro 11, 59.

2) l. 1 § 4 D. de per. et comm. 18, 6, vgl. l. 36 D. de stip. serv. 45, 3.

3) nec aliquem fructum precator oraculi percipiat impetrati . . . l. 7 pr. C. de div. rescr. 1, 23; l. 2 C. de leg. et const. 1, 14; l. 2 pr. D. de op. publ. 50, 10; l. 3 § 2 C. 5, 17; l. 5 C. 6, 62; l. 2 C. 7, 72; l. 3 C. 9, 24; l. 8 § 2 C. 9, 41 etc.

4) l. 18 § 5 D. de muneribus 50, 4: si ex reditibus alicuius civitatis curatori pecunia subministratur; l. 18 § 9 eod.: curatores, qui ad colligendos civitatium publicos reditus eligi solent; l. 5 § 1 D. de op. publ. 50, 10: si qui publici sunt, a privatis separari et publicos potius reditus augere; vgl. l. 26 § 2 C. de episc. aud. 1, 4: *ἐκ τῶν πολιτικῶν πόρων τε καὶ προσόδων*; l. 11 C. de op. publ. 8, 11: de reditibus fundorum iuris rei publicae; l. 19 C. eod.: reditus memoratorum locorum . . . ad praebenda luminaria . . . regiae huius urbis; l. 1 pr. C. de ratiocin. 8, 12: discutiendis publicis operibus vel aquae ductibus, qui ex civilibus reditibus . . .; l. un. § 2 eod.: officium reditus publicos vel opera publica; l. 6 C. de div. pr. 11, 70: civilis reditus ad suam patriam pertinentis; l. un. C. de mend. val. 11, 26: in publicum quaestum; Tit. Cod. 11, 70: De diversis praediis urbanis et rusticis templorum et civitatum et omni reditu civili.

Das gemeinsame Wesen beider Arten von Einkommen drückt ferner der Ausdruck exercere aus, welcher im technischen Sinne eine regelmässige auf die Erzielung des Einkommens gerichtete Thätigkeit bedeutet. Auf die Gewinnung der Einkünfte vom Kapital beziehen sich z. B. die Ausdrücke: exercere foenus, [1] foenebrem (pecuniam), [2] ex. pecuniam; [3] exercere fundum, possessionem, lapidicinas, fodinas, figlinas, terras, rus exercere, agrum; [4] exercere navem, mercem, mercationem, mercimonium, tabernam, mensam nummulariam, negotium, cauponam, negotiationem, lupanarium, pistrinum, balineum; [5] davon die technischen Ausdrücke: exercitor navis, cauponae, stabuli, ratis [6] etc.; exercere vectigalia, monopolia. [7] — Auf die Gewinnung der persönlichen Einkünfte beziehen

1) l. 33 D. de reb. cr. 12, 1: mutuasque pecunias dent foenusve exerceant; l. 26 D. de pec. leg. 33, 8: foenus nomine filii exercuisset et usuras; l. 18 § 23 D. de mun. 50, 4: qui foenus exercent . . . tributiones adgnoscere debere; l. 22 § 7 D. 50, 1; l. 18 § 23 D. 50, 4; l. 20 C. 2, 11; l. 15 D. 48, 22, Fragm. Vat. 11; Bruns, Fontes, Leges XII. Tab. T. 8, 18.

2) l. 34 pr. D. de reb. cr. 12, 1: mutuam pecuniam dare et foenebrem exercere.

3) l. 35 § 4 D. de her. inst. 28, 5: de pecuniis, quas in Italia exercebat; l. 10 § 3 D. mand. 17, 1: quod si non exercuit pecuniam . . . in usuras convenietur, quae . . .

4) l. 12 pr. D. de instr. v. instr. 33, 7: instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio; l. 7 pr. C. de omni agro 11, 59: quicumque fundum exercuerit; l. 13 § 5 D. de usu fr. 7, 1: ergo et auri et argenti et sulpuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas . . . exercere poterit; l. 6 pr. D. de serv. 8, 3; l. 2 § 1 D. de adm. rer. 50, 8; l. 5 pr. C. de vect. 4, 61; l. 7 § 1 C. 9, 49; Inst. alim. Pliniana (Bruns II, 12, 2).

5) l. 1 pr. D. furti adv. 47, 5; l. 4 pr. §§ 1. 2. 3. 4 D. de exerc. act. 14, 1; l. 5 § 1; l. 6 pr. etc. eod.; l. 17 § 3 D. de inst. act. 14, 3; l. 11 § 3; l. 13 § 2; l. 19 § 1; l. 20 eod.; l. 5 §§ 15. 16 de trib. act. 14, 4; l. 1 § 2, § 5; l. 3 § 2, § 3; l. 7 §§ 5. 6 D. 4, 9; l. 38 § 1 D. 38, 1; l. 47 § 6 D. 26, 7; l. 58 eod.; l. 6 § 8 D. de i. imm. 50, 6; l. 5 § 6 D. 44, 7; l. 88 § 3 D. 31; l. 27 § 1 D. de H. P. 5, 3; l. 43 § 9 D. 23, 3; l. un. § 4 C. 7, 6; l. 3 C. 4, 63; l. 1 l. 3 C. 4, 25; Gai I § 34; Lex metalli Vipascensis (Bruns, Fontes, II, 10, 29); Pauli S. II, 6; eod. II, 8, 1; eod. II, 26, 11; eod. III, 6, 64.

6) Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt (l. 1 § 15 D. de exerc. act. 14, 1 vgl. oben S. 72); l. 1 pr. fg. furti adv. 47, 5; l. 5 § 6 D. de obl. et act. 44, 7; l. 1 § 4 D. nautae caup. 4, 9.

7) l. 6 § 2 D. de dec. 50, 2: Decurio etiam suae civitatis vectigalia exercere prohibetur; l. 12 D. al. l. Jul. 48, 6; l. 13 § 1 D. de poll. 50, 12; l. 9 § 8 D. de publ. et vect. 39, 4; l. 2 pr. § 2 C. de monop. 4, 59.

sich z. B. die Ausdrücke: exercere operas,[1] quaestum exercere[2], exercere artem, ministerium, artificium,[3] professionem.[4]

Der Sinn des Wortes exercere als einer regelmässigen Erwerbsthätigkeit, als der Ausübung einer Profession[5] charakterisirt trefflich das Wesen des Einkommens. Durch die Exercitio, durch die regelmässige Wiederholung der auf den Erwerb gerichteten Handlungen hofft der Wirth auch die regelmässigen Einnahmen herbeizuführen. Auch wenn die Ergebnisse (quaestus, fructus) thatsächlich unregelmässig ausfallen, gehören doch die Resultate der Handlungen, welche als Profession wiederholt werden können, zum Einkommen. —

Die Unterscheidung zwischen den wiederkehrenden persönlichen Einnahmen (Arbeitslohn, Honorar, Gehalt), d. h. zwischen dem persönlichen Einkommen, und den nicht wiederkehrenden, einmaligen persönlichen Einnahmen (Erbschaft, Geschenk, Legat, Finderhälfte des Schatzes . . .) hat eine ernste Bedeutung im Social- und Wirthschaftsleben. Worin diese Bedeutung besteht, haben wir schon oben gezeigt. Hier möchten wir zum Schluss nur eine ausserordentlich interessante Thatsache kurz anführen, welche uns zeigt, wie die rechtsbildenden Factoren unter dem Druck der Lebensbedürfnisse zur Durchführung eines Grundsatzes gelangen, ohne das Princip bewusst zu erkennen und theoretisch zu verstehen. Wir meinen nämlich die Entwickelung des germanischen Gewohnheitsrechts in Bezug auf die Vertheilung des Erwerbes der Ehegatten. Wenn wir nämlich die einschlägigen Regeln des deutschen ehelichen Vermögensrechtes mit den dargestellten Regeln über die societas quaestus und den Erwerb des servus und des homo liber bona fide serviens vergleichen, so bemerken wir, dass die

---

1) l. 16 pr. D. de operis lib. 38, 1.

2) l. 4 § 2 D. de his qui not. 3, 2; l. 43 § 6 D. de ritu nupt. 23, 2.

3) l. 4 § 1 D. de his qui not. 3, 2: Designatores . . . ministerium non artem ludicram exercent; l. 42 § 1 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 38 § 1 D. de op. lib. 38, 1; l. 7 D. de extr. iud. 47, 11: qui vetitas in sacculos artes exercentes; l. 1 § 1 D. de abigeis 47, 14: Abigei autem proprie hi habentur, qui . . . abigendi studium quasi artem exercent, vgl. Mos. et rom. l. coll. XI, 8, 1 und XV, 2 §§ 2, 3 eod.; l. 30 § 3 D. ad l. Jul. 48, 5; l. 2 C. pro quib. caus. 7, 13; l. 1 pr. C. de falsa mon. 9, 24; l. 2 C. 9, 18; l. 7 pr. eod.; l. 1 § 1 C. 11, 19.

4) Qui professiones aliquas seu nuptationes exercere noscuntur l. 7 pr. C. de iurisd. om. 3, 13; professionis seu negotiationis, quam praeter militiam exercent l. 7 § 1 eod.; instructam et ornatam medicinae exercendae causa tabernam dedit. Cic. pro Cluentio 63, 178.

5) L. 4 pr. C. 11, 9; l. 5 pr. C. 11, 10.

römischen und die deutschen Juristen denselben Gegensatz zwischen den wiederkehrenden und einmaligen Einnahmen praktisch durchgeführt haben, ohne diesen Gegensatz theoretisch zu erfassen, und ohne dass die deutschen Regeln unter dem Einfluss des römischen Rechtes entstanden. Soviel wir wissen, hat die Literatur bis jetzt noch die Uebereinstimmung nicht bemerkt und die Regeln des deutschen Rechtes auf ein theoretisches Princip nicht zurückgeführt.

Der Gegensatz zwischen den wiederkehrenden und nicht wiederkehrenden persönlichen Einnahmen (und Einnahmen vom Kapital) ist im deutschen Familienrecht in zwei Instituten erkennbar:

1. Bei der Verwaltungsgemeinschaft bleibt die Frau Eigenthümerin ihres Kapitals und erwirbt diejenigen Einnahmen aus demselben, welche nicht den Charakter der Früchte haben. Zu diesem Vermögen werden auch ihre persönlichen Einnahmen geschlagen, welche der Wiederkehrsfähigkeit entbehren. So bestimmt z. B. das preussische Landrecht II, 1 § 212 (welches nur die Ergebnisse des Gewohnheitsrechtes in dieser Hinsicht codificirt):

„Was sie während der Ehe durch Erbschaft, Geschenke, oder Glücksfälle bekömmt, wird dem Eingebrachten beigerechnet.“

Die Praxis rechnet dahin mit Recht auch die Lotteriegewinne.[1]

Dagegen die Einkünfte vom Eingebrachten und die persönlichen Einkünfte der Frau gehören dem Manne, welcher in dieser Weise den Beitrag zum Consumtionsfond für die onera matrimonii durch die Frau erlangt:

„So lange der Mann seiner Frau und den mit ihr erzeugten Kindern den nach Verhältniss ihres Standes nothwendigen Unterhalt gewährt, ist die Frau ihm die Verwaltung und den Niessbrauch des Eingebrachten zu entziehen nicht berechtigt.“ (LR. II, 1 § 256).

Was die Frau in stehender Ehe erwirbt, erwirbt sie, der Regel nach, dem Manne (LR. II, 1 § 211).

Davon sind, wie der § 212 zeigt, die zufälligen, einmaligen Gewinne (Glücksgewinne) auszuschliessen.

Näher charakterisirt den Gewinn des Mannes an persönlichen Einkünften der Frau z. B. Oldenb. G. art. 2, 3:

---

1) Vgl. die Citate bei Koch III, Anm. zum § 212; und zwar unabhängig davon, von wessen Mitteln das Geld zum Spiel genommen wurde.

„Das während der Ehe durch Fleiss und Arbeit Erworbene gehört zu dem Vermögen des Mannes. Der Ehemann hat die Lasten des ehelichen Lebens zu bestreiten.“

Nach dem Zür. G.B. § 142 gehört dem Manne, „was die Frau durch ihre Arbeit erwirbt“.[1]

2. Die obigen Grundsätze der Unterscheidung zwischen den persönlichen Einkünften und persönlichen Gewinnen zum Stammvermögen wiederholen sich im Gebiete der Geltung der ehelichen particulären Gütergemeinschaft. So gehören zur Errungenschaft regelmässig die Früchte der Einhandsgüter und das durch die Arbeit der Eheleute Erworbene.

„Aber die Zinss, Abnutzung und Gebrauch solcher Güter, auch was beyde Ehe-Leuth in stehender Ehe mit denselbigen Gütern, auch durch ihre Hand-Arbeit, Handthierung oder sonsten erobern und gewinnen, das alles ist nach altem Herkommen und Landrecht unsers Stifts, beyden Eheleuthen gemein.“[2]

Kurpf. Ldr. IV, 12 Abs. 6: „Alles was zwey Eheleuth in stehender Ehe mit ihrer fleissigen Arbeit, fürsichtiger Haushaltung und Geschicklichkeit (über ihr zubringens, ererbts, legirts oder geschenkts) durch Gottes Seegen erlangen, erobern, oder an sich bringen und dadurch ihre Nahrung bessern.“[3]

Uebrigens begegnet man einzelnen Abweichungen, welche zeigen, dass man nicht nach einem theoretischen festen und bewussten Princip die Unterscheidung aufstellte und dass der Rechtsinstinct nicht immer ausreichte.

So erkennt das preuss. Landrecht ganz richtig die Nutzungen der Vermögen beider Ehegatten (II, 1 § 405) und das von ihnen während der Ehe Erarbeitete als „gemeinsamen Erwerb“ an. Ebenso mit Recht schliesst es Erbschaften, Vermächtnisse und die „auf einer blossen Freigebigkeit“ beruhenden Geschenke (II, 1 §§ 402. 403) von der Gemeinschaft aus. Dass aber die Geschenke, die nicht „auf der blossen Liberalität“ beruhen und „alle anderen Glücksfälle, die sich nach eingegangener Gemeinschaft ereignen,“ zum gemeinsamen Erwerbe gehören (§ 404 eod.), ist eine thoretische Dissonanz, welche auch vom praktischen Standpunkt aus sich nicht rechtfertigen lässt.

1) Cit. nach Stobbe 4 § 232 Anm. 6.
2) Fränk. LdGO. 96 § 4: vgl. Stobbe IV, § 246 N. 16.
3) Stobbe eod.

Was die römischen Grundsätze über die Erwerbe ex re und contemplatione alicuius anbetrifft, so werden sie auch im deutschen Ehegüterrecht angewendet. Die Erwerbe ex re uxoria oder ex re mariti fallen in die entsprechenden Sondergüter zurück. Das Vermächtniss kann auch zur gemeinsamen Masse geschlagen werden, wenn der Erblasser rei communis gratia legavit etc.[1])

Wenn wir nun die Regeln über die Verwaltungsgemeinschaft mit den Regeln über die libera persona bona fide serviens vergleichen, so müssen wir anerkennen, dass sie grundsätzlich identisch sind. Der Ehemann nach dem deutschen Recht und der dominus putativus nach dem römischen Recht gewinnen das persönliche Einkommen der anderen Partei. Wenn der dominus putativus nicht nur die libera persona, sondern auch ihre Sachen z. B. ihr Grundstück bona fide besitzt, so erwirbt er auch die Einkünfte von diesem Grundstück. Oder man kann sagen, dass der Ehemann in Folge der Verwaltungsgemeinschaft dasjenige gewinnt, was nach dem römischen Recht der Niessbraucher eines Sclaven und des peculium desselben erwirbt.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft werden die römischen Grundsätze über die societas quaestus et fructuum quaerendorum angewendet.

1) Vgl. Stobbe § 246 sub 4 d und sub 3.

B. Einkünfte vom Kapital.

§ 6. a) Einkünfte von einzelnen Kapitalstücken.

Die willenlosen Objecte spielen keine Vertreterrolle bei dem Erwerbe, wie die Sclaven. Darum verdunkeln die Gewinne per rem weniger die Lehre von den fructus rerum als die Gewinne per servum die Lehre von den Sclavenerwerben. Immerhin giebt es Gewinne occasione rei, welche die Quellen mit den Früchten der Sachen zusammenstellen, und welche wir von vornherein als aus anderen Quellen stammende Gewinne ausscheiden müssen.

1. Die l. 49 D. de usur. 22, 1 lautet:

Javolenus libro tertio ex posterioribus Labeonis: Fructus rei est vel pignori dare licere.[1]

Danach soll also die Möglichkeit eine Sache zu verpfänden als Frucht von der Sache betrachtet werden. Schon diese Fassung des Ausspruches erregt den Verdacht gegen seine technisch-rechtliche Bedeutung. Licentia ist eben noch keine Einnahme, kein Gewinn. Um einen praktischen Sinn aus der Stelle herauszulesen, müssen wir dieselbe etwa in dem Sinne umdeuten, dass die mittels Verpfändung einer Sache durch Darlehn oder ein anderes Geschäft angeschafften Kapitalien fructus der verpfändeten Sache seien. Diese Umdeutung kann nicht befriedigen, weil wir die dargeliehene Summe nicht als ein lucrum bezeichnen können. Durch das Darlehn wird das Vermögen nicht vergrössert, weil mit den erzielten Summen im Vermögen zugleich passiva im gleichen Betrage entstehen. Wahrscheinlicher wäre folgender Sinn des Ausspruches: Man kann seine Sache für eine fremde Schuld ver-

1) Vgl. l. 72 D. de reg. iur. 50, 17.

pfänden und für diesen Dienst einen Lohn bekommen. Dieser Lohn wäre also fructus rei. Gegen diese Annahme sprechen wiederum ganz entscheidende Gründe. Zum Inhalt der Fruchtberechtigung gehört bekanntlich das Recht die Sache zu verpfänden nicht. Zur giltigen Verpfändung muss man vielmehr das Eigenthum an der Sache oder die Vollmacht vom Eigenthümer dazu haben.[1] Zwischen den fructus percepti und percipiendi in der Lehre von der Fruchtrestitution figurirt der Lohn für die Verpfändung niemals. Wer eine eigene Sache zu leisten verpflichtet ist, z. B. der Verkäufer, muss die Sache in dem von Belastungen ebenso freien Zustande liefern, wie sie versprochen wurde. Wenn er dieselbe gegen Belohnung für fremde Schuld verpfändet, fordert der Käufer, dass er die Befreiung vom Pfandnexus bewirke und die Waare im freien Zustande ihm gewähre; er fordert aber nicht den Lohn für die Verpfändung als commodum rei. Dass der Gewinn durch die Verpfändung zum lucrum ex re nicht gehört, beweist noch zum Ueberfluss die bekannte Thatsache, dass die Verpfändung niemals als Schenkung an denjenigen aufgefasst wird, zu dessen Gunsten sie geschieht.[2]

Im allgemeinen ist zu sagen, dass diejenigen Gewinne, welche jemand namentlich für das Risico einer Sache bekommt, kein lucrum ex re sind. Zu solchen Gewinnen gehört der Lohn für die Verpfändung. Der Creditgeber will das Darlehn ohne eine Sicherheit nicht wagen. Wenn nun eine dritte Person ihre Sache zum Pfand für das Darlehn giebt, so nimmt sie auf sich thatsächlich das aleatorische Element des Geschäftes. Wenn ihre Sache glücklich aus der Gefahr, für die fremde Schuld verkauft zu werden, gerettet ist, so bleibt ihr der Lohn für die Verpfändung als Preis für ihr Wagniss.[3] Obgleich dieser Preis ohne die Sache nicht erzielt wäre, ist er ebenso ein persönlicher Gewinn, wie der Preis für die Bürgschaft. Wenn Jemand sich für die fremde Schuld gegen einen Lohn verbürgt, betrachtet er das praemium periculi als einen persönlichen Gewinn, wenngleich er

1) Daher kann einen solchen Gewinn nicht der Fruchtberechtigte, sondern der Proprietar erzielen, vgl. z. B. l. 2 mit l. 6 C. de usu fr. 3, 33.

2) Vielleicht besteht der Sinn der l. 49 D. de usur. darin, dass zur Ausübung des Niessbrauches (fructus [genitivus] = usus fructus) auch die Verpfändung gehört. Vgl. Lenel Paling. Javol. u. 190. Dann müsste man aber unterstellen, dass nicht das rem pignori dare, sondern das usum fructum pignori dare gemeint ist.

3) Pretium periculi vgl. l. 5 D. de naut. foen. 22, 2.

namentlich in Rücksicht auf sein Vermögen zu bürgen gebeten wurde. Kein Gläubiger würde von seinem Schuldner den Gewinn aus dem Kartenspiel oder aus der Wette als lucrum rei fordern, obgleich die zu leistende Sache als Einsatz zum Spiel oder zur Wette gebraucht wurde. Die aleatorischen Gewinne ergeben sich nicht aus dem Haben des Kapitals, obgleich zum Spiel das Kapital nöthig ist, sondern aus dem glücklichen Zufall, aus dem persönlichen Glück. Wenn die Sache in der Gefahr, welcher sie von einem Schuldner unterworfen wird, untergeht, braucht der Gläubiger den Schaden nicht anzuerkennen, sondern er kann den vollen Ersatz fordern. Wenn aus der Gefahr sich der Gewinn ergiebt, geht er den Gläubiger, welcher commodum ex re fordert, gleichfalls nicht an. Darum halten wir für ganz richtig die Entscheidung der preussischen Praxis, welche den Lotteriegewinn der Frau als ihre persönliche Einnahme (wie Geschenk, Vermächtniss ...) behandelt, wenn auch das Geld zum Spiel aus den Mitteln des Mannes hergenommen wurde.[1]

2. Die l. 7 § 1 D. de usu fr. 7, 1:

Rei soli, ut puta aedium, usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt. unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit, et iure dominii possessurum eas aedes, si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usu fructu. Hac ratione Labeo scribit nec aedificium licere domino te invito altius tollere, sicut nec areae usu fructu legato potest in area aedificium poni: quam sententiam puto veram.

Danach könnte man denken, dass das durch den Niessbraucher auf Grund der missio ex secundo decreto erworbene Nachbargebäude zu den Früchten gehört. Allein die Stelle ist nicht in dem Sinne zu deuten, dass dem Niessbraucher das vom Nachbar verwirkte Gebäude darum gehört, weil ihm alle Früchte der Sache gehören, sondern sie hat vielmehr folgende Bedeutung: weil dem Niessbraucher die Gewinnung der Früchte gehört, so sind ihm auch die Rechtsmittel zur Wahrung seiner Rechte gegeben. Ins-

1) Der ausgesprochene Grundsatz hat natürlich für den Fall keine Bedeutung, wenn jemand bei dem Spiel etc. als Vertreter handelt. Der Vertretene fordert natürlich die Herausgabe des Gewinnes, weil nämlich alle Folgen des Geschäftes, glückliche und unglückliche, sich auf seine Person beziehen.

besondere, wenn ein Nachbargebäude auf die Niessbrauchssache zu stürzen droht, so kann er vom Nachbar cautio damni infecti verlangen, ebenso wie er von dem Proprietar verlangen kann, dass er durch den Bau eines Gebäudes ihn nicht störe. Wenn der Nachbar oder der Proprietar sich nicht freiwillig fügen, sondern es zum weiteren Verfahren kommen lassen, so werden sie nach den Regeln des entsprechenden Verfahrens verurtheilt. Insbesondere kann der Eigenthümer des schadhaften Gebäudes dasselbe an den Niessbraucher verwirken. Die Quelle des Gewinnes für den Niessbraucher ist aber nicht die Niessbrauchssache, sondern eben der Eigensinn des Nachbarn. Ebenso wenn ein Erbe die überschuldete Erbschaft verkauft, hat er den Legataren aus dem Preise nichts zu prästiren „quia magis ex stultitia emptoris habere videtur heres institutus quam ex bonis defuncti (l. 3 pr. D. ad l. Falc. 35, 2). Das ist keine Einnahme aus dem Erbschaftskapital, sondern eine persönliche Einnahme des Erben, deren Quelle in der stultitia des Käufers zu suchen ist. — Wenn das in Folge des cautio damni infecti-Verfahrens gewonnene Gebäude Frucht wäre, so wäre es ausschliesslich dem Niessbraucher zugeschrieben. Indessen kann bekanntlich auch der Proprietar die cautio damni infecti fordern und alle angenehmen und unangenehmen Folgen für sich herbeiführen. Es kann auch vorkommen, dass beide zugleich, der Proprietar und der Niessbraucher, das Verfahren einleiten und die Folgen davon haben.[1] Ebenso wie bei Sclavenerwerben, welche kein lucrum ex servo, sondern nur lucrum per servum acquisitum bilden, kann die Sache ebenso für den Fruchtberechtigten als für den Proprietar als occasio des Erwerbes wirken. Das lucrum ex re kann dagegen nur dem Proprietar oder nur dem Niessbraucher ausschliesslich gebühren, je nachdem es Frucht oder Nichtfrucht ist.

Im Folgenden haben wir nur mit den wirklichen Einnahmen aus dem Nutzungskapital zu thun, nur mit dem lucrum ex re.

Die wichtigsten Fälle des lucrum ex re, welches die Quellen nicht als Frucht behandeln, sind folgende:

1. Die Hälfte des Schatzes, welche dem Eigenthümer des Grundstückes als solchem zufällt. Bei den Dotalverhältnissen bildet dieser Gewinn augmentum dotis, d. h. er wird zum Dotalkapital geschlagen (l. 7 § 12 D. s. m. 24, 3); dem Niessbraucher und dem b. f. possessor gehört er niemals.

1) Vgl. l. 5 § 2 D. de damn. inf. 39, 2.

2. Alluvio und insula in flumine nata.[1]

3. Der Niessbrauch und andere die Proprietät belastenden Rechte, wenn sie sich wieder mit der Proprietas vereinigen, gehören nicht zu den Früchten, sondern vergrössern das Kapital.

Si proprietati nudae in dotem datae usus fructus accesserit, incrementum videtur dotis (l. 4 D. de i. d. 23, 3).

Dass alle diese Gewinne zu den periodischen nicht gehören, brauchen wir nicht auszuführen.

4. Hierher haben die Römer auch das Kind der Sclavin (partus ancillae) gerechnet (l. 31 § 4 D. s. m. 24, 3). Wir haben schon gezeigt, dass diese Erscheinung weder durch die wirthschaftliche Bestimmung der Mutter, noch durch die ethischen Rücksichten erklärt werden kann. Nur der Begriff der Früchte als periodischer Einnahmen kann das Räthsel lösen. Kann der Besitzer einer Sclavin darauf rechnen, dass diese wie eine Kuh oder ein Schafweibchen, oder ein Huhn ihm die Producte ihrer Fortpflanzungsthätigkeit periodisch liefern wird? Es ist eben das Charakteristische der Fortpflanzungsfunction bei den Menschen, dass sie im Gegensatz zu derselben Function bei niederen Organismen äusserst unregelmässig und unberechenbar ist. Ein Wirth, welcher ein Paar Hausvögel oder Hausthiere, Männchen und Weibchen, besitzt, kann darauf rechnen, dass er davon, wenn er die Jungen behält, nach einer Reihe von Jahren eine grosse Heerde haben wird. Von einem Paar Kaninchen, von einem Weizensamen kann man in wenigen Jahren Tausende von diesen Organismen gewinnen. Der Jäger, welcher ein Paar Hunde guter Rasse angekauft hat, verspricht einem Freund einen jungen Hund vom nächsten Herbstwurf und dem anderen Freund einen Hund vom nächsten Frühlingswurf. Denn man rechnet fast mit Sicherheit, dass die Hündin zweimal im Jahre werfen wird.

. . . natura divisus earum annus bifariam, quod bis parit in anno: quaternis mensibus fert ventrem, binis nurtricat (Varro R. R. II. 4, 14, übrigens von weniger interessanten Thieren, als die Jagdhunde).

Ganz anders bei den Menschen. Einige Weiber bleiben kinderlos. Andere gebären ein, zwei oder drei Kinder. Wer reiche Verwandte besitzt, kann eher auf die Wiederkehr der Legate, der Erbschaften rechnen, als der Besitzer einer Sclavin auf den

1) l. 4. l. 10 § 1 D. de i. d. 23, 3; l. 9 § 4 D. de usu fr. 7, 1.

periodischen Gewinn von ihrer Fortpflanzungsthätigkeit. Die Erbschaft und das Vermächtniss hängt von einem Tode in der Familie ab, welcher als ein Zufall betrachtet wird. Aus der Statistik ersehen wir aber, dass die Chancen einer Geburt in einer durchschnittlichen menschlichen Familie ganz unbedeutend grösser als die Chancen eines Todes sind. Die Geburt ist also gleichfalls ein Zufall („ein freudiges Ereigniss"). Es ist daher vom wirthschaftlichen Standpunkt ganz erklärlich, wenn die Römer den partus ancillae ebensowenig zu den Einkünften gerechnet haben, wie die Erbschaften und die Legate.

Diejenigen Gewinne vom Kapital, welche, als ausser den Einkommensperioden stehend, zum Stammvermögen von ordentlichen Wirthen geschlagen werden, und welche auch das Recht das Schicksal des Kapitals, nicht aber das der Früchte theilen lässt, werden gewöhnlich als Accessionen bezeichnet.

Eine ganz andere Kategorie der Erscheinungen liegt denjenigen Stellen zu Grunde, welche dem vom Sturme gestürzten Baum, dem Fleisch und der Haut der crepirten Thiere die Fruchtqualität absprechen.[1] Auch hier hat man mit der „wirthschaftlichen Bestimmung" operirt, als ob die wirthschaftliche Bestimmung des Baumes darin läge, dass er ewig stehe, als ob das Thier gegen seine wirthschaftliche Bestimmung crepirt.[2] Später werden wir uns überzeugen, dass die ausgetrockneten Bäume und die Häute der crepirten Thiere auch Früchte sein können, trotzdem die wirthschaftliche Bestimmung der Bäume im ewigen Dastehen bestehen solle und trotzdem die Bestimmung der Thiere nicht, die Häute dem Menschen zu liefern, sei. Der Satz: caro et corium mortui pecoris in fructu non est ist in seiner allgemeinen Fassung falsch. Unbedingt richtig ist dieser Satz, wenn wir als Kapital der Nutzung einzelne Thiere oder ein Stück Grund und Boden mit einzelnen

1) l. 30 quib. mod. 7, 4; l. 19 § 1; l. 12 pr. D. de usu fr. 7, 1; l. 7 § 12 D. s. m. 24, 3.

2) Neben diesem falschen Grund hebt Bendixen (Ueber den Niessbrauch an einer Heerde nach röm. R. § 4) einen richtigeren hervor: „Der einmalige Ertrag, den die Ueberreste gewähren, ist nicht der Nutzen, welchen das Thier seiner wirthschaftlichen Bestimmung gemäss gewährt, also auch nicht Gegenstand der Nutzniessung. Diese gebührt vielmehr dem Eigenthümer." Bei dem gelegentlichen Ausdruck „der einmalige Ertrag" befindet sich der Verfasser der richtigen Auffassung näher als bei der Angabe der weiter folgenden Begründung. Den Begriff der Frucht definirt Bendixen (S. 6) ohne nähere Begründung folgendermassen: „Es ist noch zu erwähnen, dass als Frucht der Ertrag gilt, welchen eine Sache gemäss ihrer wirthschaftlichen Bestimmung gewährt."

Bäumen denken. Der Grund des Satzes ist so einfach wie möglich. Das crepirte Thier, der gestürzte Baum ist ja das Kapital selbst, das verwandelte, in einen schlechteren Zustand gerathene Kapital. Wenn eine Kuh, ein Obstbaum, eine Eiche zu alt sind, so besteht natürlich die wirthschaftliche Bestimmung dieser Kapitalstücke darin, dass man das Holz, das Fleisch und die Haut verwerthet. Trotzdem man bei der Verwerthung dieser Producte ganz nach den Regeln der wirthschaftlichen Bestimmung handelt, so betrachtet man doch den erzielten Ertrag nicht als Einkommen, weil dieser Ertrag niemals wiederkehren wird, sondern man behandelt ihn eben als sein ursprüngliches Kapital in anderer Form.

Wir finden auch in den Quellen keinen Zweifel über die Behandlung dieser Erscheinungen. Die einschlägigen Fragmente haben vielmehr den Zweck zu constatiren:

1. Dass das verwandelte Kapital unter Umständen weiter in Geld zu verwandeln und in dieser Gestalt dem Kapitalberechtigten nach dem Ende des Verhältnisses zu restituiren ist, so dass der Nutzungsberechtigte nur die Einkünfte von der Kapitalsumme behält.

. . . . sed et si vi tempestatis ceciderunt (arbores), dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thensaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur quasi in alieno inventi (l. 7 § 12 D. s. m. 24, 3).

Ebenso ist selbstverständlich, dass, wenn die zur Dos gegebene Kuh alt wird, der Mann dieselbe verkaufen und den Preis als eine Dotalsumme nachher restituiren darf und soll.

2. Dass der Niessbrauch an einem Thiere im Falle des Todes desselben aufhört, weil das Kapital eine wesentliche Aenderung erfahren hat.

Gaius libro septimo ad edictum-provinciale: Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia mortuo eo usus fructus extinguitur (l. 30 D. quib. mod. 7, 4).

Diese Stelle hat dieselbe Bedeutung wie die l. 31 eod. von Pomponius:

Cum gregis usus fructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit usus fructus.

Es wäre ebenso widersinnig, die zusammengeschmolzene Kapitalheerde als Frucht zu betrachten, wie das crepirte Thier, welches als Kapital der Nutzung fungirt.

Freilich scheint uns der Ausspruch von Gaius nicht besonders scharfsinnig zu sein. Das Wort quia, welches die beiden Sätze der l. 30 cit. vereinigt, giebt der Stelle eine unlogische Gestalt, weil auch ohne Aufhören des Niessbrauchsrechtes das verwandelte Kapital keine Frucht ist. Vielleicht ist der Satz: caro et corium in fructu non est in dem Sinne zu verstehen, dass das verwandelte Kapital kein Niessbrauchskapital mehr ist, keinen Gegenstand des Niessbrauches mehr bildet.

Beispiele der Früchte. Alle Arten derjenigen Einnahmen, welche Einkünfte sein können, aufzuzählen, ist unmöglich. Jede Production, jede Wirthschaft hat zum Zweck die periodische Gewinnung des Einkommens. Alle Menschen leben von periodisch wiederkehrenden Einnahmen. Diejenigen Einnahmen, welche Accessionen genannt werden, haben im Menschenleben eine verhältnissmässig geringe Bedeutung. Den gefundenen Schatz, die insula in flumine nata und den alveus derelictus lernt man meistens nur aus den Rechtsbüchern kennen; im Leben spielen derartige Einnahmen fast gar keine Rolle; das wirthschaftliche Leben der Menschen dreht sich hauptsächlich um die Gewinnung der Einkünfte.

In den Quellen des römischen Rechtes werden gewöhnlich folgende Arten von Früchten besprochen:

Als Früchte von einem Geldkapital gelten die Zinsen.[1]

Bei einem Gebäude kommen hauptsächlich die Miethszinse als Früchte in Betracht.[2] Natürlich bilden aber die Miethszinse für die Wohnungen oder Geschäftslocale nicht die einzige Art des Einkommens von einem Gebäude; auch die Eintrittsgelder bei einer Badeanstalt, bei einem Circus, Theater und dgl. bilden die Früchte (l. 7 pr. § 1 D. de usu fr. 7, 1). Analog gelten bei einem Schiffe die Frachtgelder als Früchte (vecturae oder naulae navium l. 62 D. de R. V. 6, 1; l. 39 § 1 D. de leg. I [30]). Auch die Früchte von den Kleidern, Wagen, Maschinen und dgl. werden nach dem

1) l. 88 § 3 D. ad l. Falc. 35, 2; l. 30 pr. D. de adim. leg. 34, 4; l. 24 D. praescr. verb. 19, 5; l. 4 D. de pact. dot. 23, 4; l. 39 § 1 D. de leg. I; l. 10 §§ 2, 3 D. mand. 17, 1; l. 30 D. de H. P. 5, 3; l. 28 D. dep. 16, 3; l. 27 § 1 D. de min. 4, 4; l. 24 C. de usur. 4, 32; l. 1 §§ 1. 2 C. de P. H. 3, 31; den näheren Beweis, sowie die Erklärung des Widerspruches zwischen der l. 34 D. de usur. 22, 1 und der l. 121 D. de V. S. 50, 16 werden wir erst in der Lehre von den Zinsen liefern.

2) l. 38 § 13, l. 36 D. de usur. 22, 1; l. 7 § 11 D. s. m. 24, 3; l. 5 pr. C. de R. V. 3, 32.

gewinnbaren Miethszins geschätzt [1] (quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit l. 19 pr. D. de usur. 22, 1). Wenn als Nutzungskapital einzelne Bäume in Betracht kommen (z. B. beim Niessbrauch an einem Obstbaum, an einem Grundstück, auf dem sich einige Bäume befinden), so werden Obst, Eicheln, abgefallene Blätter als Früchte behandelt. [2]

Zu den Früchten gehören auch die Producte der Bienenzucht (l. 9 § 1 D. de usu fr. 7, 1; vgl. Mos. et rom. l. coll. XII, 7, 10: Sed id falsum esse, Celsus ait, cum apes revenire soleant, et fructui mihi sint). Wir können nicht umhin, hier zu bemerken, welche curiosen Consequenzen die Theorie der organischen Erzeugnisse in Bezug auf die Bienenzucht ergäbe. Der Niessbraucher der Bienenstöcke erwärbe danach den Honig und den Wachs nicht, weil diese Producte keine organischen Erzeugnisse der Bienen noch des Bienenstockes sind. Honig und Wachs sind ja die durch die Bienen angesammelten organischen Erzeugnisse der Pflanzen. Diese Producte gebühren also nach der consequent durchgeführten herrschenden Theorie allen bekannten und unbekannten Leuten in der Nachbarschaft, auf deren Grundstücken die Bienen die organischen Erzeugnisse der Pflanzen gesammelt haben!

Wenn einzelne Thiere das Nutzungskapital bilden, so sind ihre Jungen, Wolle, Milch, Dünger etc. Früchte. [3] Dahin gehören auch die vecturae iumentorum. [4]

Bei ländlichen Grundstücken werden sehr verschiedene Arten der Früchte angeführt; die Bewirthschaftung eines Grundstückes giebt nämlich Gelegenheit, die Pflanzen-, Thier- und Mineralreichthümer desselben zum Zweck der Einkommensbildung auszubeuten. Dabei darf man nicht glauben, dass nur die Hauptproducte des Grundstückes, d. h. nur diejenigen Producte, wegen deren man hauptsächlich das Grundstück kauft, Früchte sind. Auch diejenigen Producte, welche man gewöhnlich beim Kauf des Grundstückes gar nicht berücksichtigt (z. B. Pilze, Erdbeeren, Krebse), können als Früchte gewonnen werden. Noch mehr, sogar diejenigen Producte, welche den Preis des Grundstückes mindern, wegen deren man oft

1) Das Nähere in der Lehre von der Fruchtrestitution.

2) l. 78 D. de R. V. 6, 1; l. 45 D. de usur. 22, 1; l. 12 § 1 D. de usu 7, 8.

3) l. 7 § 9 D. s. m. 24, 3; § 37 I. de rer. div. II, 1; l. 28 D. de usur. 22, 1; l. 48 § 2 D. de A. R. D. 41, 1; l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3; l. 12 §§ 1. 2 D. de usu 7, 8 (wo gewisse Früchte in beschränkter Weise dem Usuar gewährt werden) . . .

4) l. 39 § 1 D. de leg. I (30).

vom Kauf absteht, welche also nach dem Ausdruck der herrschenden Theorie wider die wirthschaftliche Bestimmung der Grundstücke erzeugt werden (das Unkraut), können als Früchte gewonnen werden. Wenn z. B. der Niessbraucher die auf dem Grundstück wachsende Nessel oder sonstiges Unkraut zu irgend welchen Zwecken percipirt, wird er ebenso gut Eigenthümer von diesen Producten, wie wenn er den Weizen erntet.

Item si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur (l. 9 pr. D. de usu fr. 7, 1).

Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet . . . (l. 59 § 1 D. eod.).

Der Zweck der Unkrauternte kommt natürlich nicht in Betracht; vielleicht will der Niessbraucher stramenta oder Dünger daraus machen (vgl. l. 12 §§ 1. 2 D. de usu 7,8) oder Futter für die Thiere davon gewinnen (z. B. Nessel für Truthühner, Sylos), oder bezweckt er hauptsächlich die Reinigung des Bodens vom Unkraut. so dass die Verwerthung des Percipirten nur sehr nebensächlich oder gar nicht in Betracht kommt.

P f l a n z e n p r o d u c t e. Als Beispiele der Früchte dieser Art werden gewöhnlich Getreide, Gemüse, Heu, Rohr angeführt. [1] Aehnliche Früchte, wie ein Getreideacker, eine Wiese, gewähren die Waldstrecken, deren Gehölz von Zeit zu Zeit ganz abgenommen wird, so dass nur die Wurzeln bleiben, aus welchen dann immer von Neuem das Holz aufwächst (Schneideholz, silva caedua im technischen Sinne). [2]

T h i e r e. Zu den Früchten eines Grundstückes gehören ferner die Einkünfte, welche von Jagd, Fischerei, Vogelfang gewonnen werden.

Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere; ergo et piscationum (l. 9 § 5 D. de usu fr. 7,1) [3]

Accessio alluvionum ad fructuarium fundi, quia fructus fundi

1) l. 13 D. quib. mod. 7, 4; l. 43 D. de evict. 21, 2; l. 77 D. de V. S. 50, 16; l. 7 pr. §§ 1—3; l. 8 § 1 D. s. m. 24, 3; l. 58 § 1 D. de usu fr. 7, 1; l. 48 § 1 eod.; l. 9 § 7 eod.

2) l. 30 pr. D. de V. S. 50, 16 (Worterklärung); l. 7 § 7 D. s. m. 24, 3; l. 48 § 1 D. de usu fr. 7, 1; l. 9 § 7 eod. (Behandlung).

3) Vgl. l. 62 D. eod. Ueber die l. 26 D. de usur. 22, 1 vgl. unten § 13. Dort wird der endgültige Beweis geliefert, dass der Jagdgewinn zu den Früchten gehört.

non est, non pertinet: venationis vero et aucupii reditus ad fructuarium pertinet (Pauli S. III, 6, 22).

Mineralien. Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum (usufructuarium) Sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram (l. 9 § 2 D. de usu fr. 7, 1). Sed si haec metalla post usum fructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur usus fructus, non partium, continentur legato (§ 3 eod.).

. . . ergo et auri et argenti et sulpuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas vel quas pater familias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit (l. 13 § 5 eod.).

Auf die Dotalverhältnisse beziehen sich folgende Stellen:

Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat, nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier (l. 8 pr. D. s. m. 24, 3).

Sed si cretifodinae, argenti fodinae vel auri vel cuius alterius materiae sint vel harenae, utique in fructu habebuntur (l. 7 § 14 eod.).

Trotz dieser klaren Zeugnisse wird darüber gestritten, ob alle Fossilien Früchte sein können, oder nur diejenigen, welche auf dem betreffenden Grundstücke „renascuntur". Den Anlass zu diesem Streit hat der Ausspruch von Ulpian in der l. 7 § 13 D. s. m. 24, 3 gegeben:

Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.

Die Stelle wimmelt von logischen Fehlern und Widersprüchen. Schon aus diesem Grunde ist dem Ausspruch keine Bedeutung zuzuschreiben. In den Worten fundum fructuosiorem fecerit erkennt Ulpian die Fruchtqualität des Marmors an: wenn das Grundstück nach der Anlegung von Marmorbrüchen fructuosior ist, so ist damit gesagt, dass die Marmorbrüche Früchte gewähren. Einige Zeilen weiter heisst es aber, dass der Marmor keine Frucht ist. Ferner lautet die praktische Entscheidung über das Schicksal des marmor caesum so, dass sie nur durch das Fruchtverhältniss desselben begründet werden kann. Es gehört nämlich dem Manne

und die Frau braucht keine Gewinnungskosten zu bezahlen. Das folgt eben aus dem Fruchtverhältniss des gewonnenen Marmors. Wenn derselbe keine Frucht wäre, würde er der Frau als verwandeltes Kapital gehören; der Mann würde aber die Gewinnungskosten zurückerhalten, weil marmor caesum mehr werth ist, als das noch in der Erde befindliche.

Dabei wäre es gleichgültig, ob die Anlegung der Marmorbrüche den Werth des Grundstückes erhöht hätte. Aus der Thatsache, dass fundus fructuosior geworden ist, könnte man nur folgern, dass die Frau noch die zweite Art der impensae zu ersetzen hat, nämlich die Kosten der Anlegung der Marmorbrüche. Es ist nicht anzunehmen, dass Ulpian noch den groben Fehler begangen hat, die beiden Arten von impensae nicht zu unterscheiden; dann wäre die Stelle noch widersinniger als sie ist. Wir glauben, dass Ulpian unter den impensae die erstere Art von Kosten meint. Dann ist trotz der merkwürdigen Logik mindestens die praktische Entscheidung richtig, denn die Früchte gehören dem Manne, welcher dann natürlich die Erzeugungskosten allein trägt (l. 7 § 16 eod.).

Wenn wir also der Stelle eine dogmatische Bedeutung nicht absprechen wollen, so stehen wir vor der Wahl zwischen dem darin enthaltenen positiven Rechtssatz und den diesem Rechtssatz und sich selbst unter einander widersprechenden Motiven. Darüber, was davon zu berücksichtigen ist, kann für einen Juristen kein Zweifel bestehen, wenn wir auch andere Beweise für die richtige Meinung nicht hätten.

Um zu verstehen, welche Bedeutung einige römische Juristen dem renasci solere des Marmors zugeschrieben haben, muss man die besprochene Stelle mit der l. 18 D. de fundo dotali 23, 5 zusammenstellen:

Javolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis. Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.

Die praktische Entscheidung über das Fruchtverhältniss des

marmor caesum ist dieselbe wie bei Ulpian. Dasselbe gehört dem Manne, ist also kein Kapital, sondern eine Frucht. Die Frage über die Kosten der Gewinnung des auf dem Grundstück noch liegenden Marmors wird nicht erwähnt; es versteht sich von selbst, dass dieselben der Mann wie bei sonstigen von ihm gewonnenen Früchten allein trägt. Die hauptsächlich im Fragment behandelte Frage besteht darin, ob die Frau dem Mann die Kosten der Anlegung der Marmorbrüche (impensam in lapidicinas factam) zurückerstatten soll. Für diese Frage ist nach der Meinung von Javolenus die Entscheidung der Vorfrage wichtig, ob auf dem betreffenden Grundstück lapis crescere possit, denn nur dann betrachtet er die Anlegung von Marmorbrüchen als impensa utilis. Ulpian scheint bei seiner Ausführung in der l. 7 § 13 cit. von der Entscheidung Javolens oder von einer gemeinsamen Quelle inspirirt gewesen zu sein, denn die beiden Stellen sehen äusserlich sehr ähnlich aus. Freilich hat Ulpian (wenn der Text seiner Ausführung nicht verstümmelt ist) den inneren Sinn der fremden Ausführung völlig verdreht. Jedenfalls bestätigt, wie gesagt, auch seine Ausführung, dass das renasci solere für die Fruchtqualität des Marmors absolut keine Bedeutung hat.[1] —

Den Nutzen des Grundstückes kann der Fruchtberechtigte nicht nur durch die Selbstwirthschaft ausbeuten, sondern auch durch die Verpachtung oder durch den Verkauf der Ernten.

Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur (l. 12 § 2 de usu fr. 7, 1).

Bekanntlich ist dieses Recht dem Usuar nicht gewährt, welcher im Allgemeinen kein Fruchtrecht hat. — Im Falle der Verpachtung werden gegenüber dem Verpächter nicht die vom Pächter gewonnenen Producte, sondern die Pachtzinse als Früchte behandelt. Denn diese bilden sein Einkommen. So werden bei verpachteten Dotalgrundstücken die Pachtzinse als fructus eius anni

1) Die im Texte ausgeführte Meinung ist auch im wesentlichen Punkte herrschende, vgl. Schröder Arch. f. civ. Pr. 49 S. 246 fg.; Czyhlarz, Das römische Dotalrecht S. 238 N. 7 und in der Fortsetzung des Glücks Commentars, Serie der Bücher 41 und 42, S. 624 fg.; Windscheid I § 144 N. 8; Dernburg I § 78 N. 5. Nur bezieht man die Ausführung Ulpians auf die Frage nach der Nützlichkeit der impensae in lapidicinas factae. Dem widerspricht der Wortlaut des § 13 und der Inhalt der ganzen l. 7 s. m., welche von den Früchten und den impensae in fructus handelt, nicht aber von den impensae in rem factae. Sehr verworren und theils aus der Luft gegriffen ist die Ausführung von Göppert, Organische Erzeugnisse S. 24 fg. (Note).

zwischen Mann und Frau getheilt (l. 7 §§ 1. 2. 3. 8. 11 D. s. m. 24, 3).

Der Verwalter eines fremden Vermögens, z. B. der negotiorum gestor, der Vormund, der Konkursverwalter etc. restituiren die gewonnenen Pacht- und Miethszinse als Früchte. Die Verpachtung wird ihnen unter Umständen zur Pflicht gemacht; wenn sie nachlässigerweise diese Pflicht versäumen und in Folge dessen weniger Einkommen erzielen, leisten sie die sog. fructus percipiendi, d. h. dasjenige, was an Pachtzinsen mehr gewonnen werden konnte (l. 9 § 6 D. de reb. auct. iud. 42, 5).

Der Besitzer einer fremden Erbschaft oder einer fremden Sache restituirt gleichfalls im Falle der Verpachtung namentlich die gewonnenen Pachtzinse (l. 29 D. de H. P. 5, 3; l. 5 C. de R. V. 3, 32) etc.

Wenn ein Gutsbesitzer den Ackerbau selbst betreibt, die Weinberge aber oder die Jagd, die Fischerei, die Bergwerke verpachtet, so gelten ihm gegenüber theils die Pachtzinse, theils die durch Selbstwirthschaft gewonnenen Producte als fructus fundi (l. 7 § 3 D. s. m. 24, 3).

In Folge der Anerkennung der Pachtzinse als Früchte im Verhältniss zum Percipienten derselben können eigenthümliche Verschiebungen der Einkünfte geschehen. Z. B.: X. giebt gegen verabredeten Preis Y. sein Grundstück im November zum Niessbrauch. Das Grundstück ist verpachtet und der Pächter soll im December den Pachtzins bezahlen. Das Pachtverhältniss wird nach gemeinsamer Uebereinkunft vom X. auf Y. (etwa durch cautiones) übertragen. Die Quellen entscheiden nun, dass der Pachtzins, welchen Y. im December percipirt, als Frucht ihm gegenüber gelte (l. 59 D. de usu fr. 7, 1). Wenn dagegen das Grundstück nicht verpachtet wäre und X. denselben Vortheil dem Y. gewähren wollte, würde er ihm ausser dem Grundstück die von ihm im October gewonnenen fructus übergeben. Die übergebenen Producte wären aber in diesem Falle keine Frucht dem Niessbraucher gegenüber (vgl. oben § 2). Im Falle der Streitigkeiten müssten die gelieferten Producte als etwa verkaufte Sachen, d. h. als das gelieferte Kapital beurtheilt werden.

Die Verschiebung der Einkünfte durch die Verpachtung, Vermiethung etc. ist nun eine unschädliche Erscheinung, wenn sie dem Willen der Betheiligten entspricht. In übrigen Fällen könnten daraus grosse Missstände erwachsen. Z. B.:

Der Mann bekommt ein Jahr vor der Eheschliessung ein Landgut zur Dos. Durch die Verpachtung könnte er die Einkünfte des Landgutes auf die Zeit der Ehe verschieben, d. h. dieselben als fructus dotis lucriren, anstatt als Dotalkapital zurückzugeben.

Eine Partei könnte also dadurch beschädigt werden, dass die Gegenpartei in Folge der Verpachtung dasjenige, was sie als Kapital oder gar nicht in die Hände bekommen hätte, als Einkommen erhält. An einem andern Orte [1] haben wir schon nachgewiesen, dass das römische Recht die Unbilligkeit in solchen Fällen dadurch beseitigt, dass es die Theilung (die Restitution, die Verwandlung ins Kapital . . .) der Pachtzinse nach Verhältniss der wirklichen Perception der entsprechenden Producte anordnet.[2] —

Wenn wir die oben angeführten Arten der Früchte mit dem Begriff der Einkünfte vergleichen, so finden wir, dass sie dieselben Merkmale haben, welche wir für den Begriff der Einkünfte als wesentlich bezeichnet haben. Danach gelten als Einkünfte im Verhältniss zum Inhaber eines Kapitals diejenigen Einnahmen, welche dieser vom betreffenden Kapital periodisch beziehen kann. Die Zinsen, Miethszinse, Pachtzinse entsprechen diesem Begriff vollkommen. Diese Einnahmen werden im Falle des Contractes nach Tagen (z. B. bei einem Hotel), Monaten oder Jahren periodisch gezahlt.[3] Im Falle, dass der Miethszins

---

1) Petražycki, Fruchtvertheilung S. 222 fg.

2) Eine singuläre Regel in Bezug auf die Universalfideicommisse vgl. oben S. 16 fg. Das römische Recht sucht die Missbräuche, welche durch die Verschiebung des Einkommens begangen werden können, jedenfalls zu beseitigen. Einige moderne Gesetzgeber haben, wie es scheint, über die Frage nicht nachgedacht oder dieselbe gar nicht bemerkt. Nur auf diese Weise erklären wir uns den § 794 des Entwurfes, welcher künstlich die Möglichkeit der eigennützigen Speculationen schafft. Vgl. Petražycki a. a. O. S. 233 Anm. 1. Alle Schwierigkeiten werden durch die von uns S. 252 fg. (eod.) vertheidigte Regel beseitigt; diese Regel lässt, als eine dispositive Norm, dem Parteiwillen freien Lauf (vgl. S. 256 eod.); sie greift aber da ein, wo eine zufällige Unbilligkeit oder ein Missbrauch entstehen könnte.

3) Eine charakteristische Illustration dazu bildet der alte Monatsname Mercedonius (später November), welchen man sich dadurch erklärte, dass in diesem Monate gewöhnlich die Pächter die Pachtzinse zahlten.

Κίγκιος ἐν τῷ περὶ τῶν ἑορτῶν λέγει, τὸν Νοέμβριον παρὰ τοῖς παλαιοῖς Μερκηδῖνον ὀνομασθῆναι ὡσανεὶ μισθοφόρον· ἐν αὐτῷ γὰρ τοῖς κτήτορσιν οἱ μισθωτοὶ τὰς προσόδους εἰσέφερον τοῦ παρελθόντος κύκλου ἑτέρων καρπῶν αὖθις ἐπερχομένων.	Cincius in libro de fastis ait, Novembrem apud veteres Mercedonium nominatum fuisse, velut mercedes ferentem; illo enim mense dominis conductores pensiones inferebant praeteriti spatii temporis, aliis fructibus rursus provenientibus.

Macrob. Sat. 1, 12, 30 angeführt von Huschke, Jurispr. Anteiust. Cincius.

oder die Geldzinsen auf Grund der allgemeinen Rechtsbestimmung prästirt werden (z. B. die Verzugszinsen), bringt immer jeder Tag ein neues Quantum von Zinsen. Es ist eine Einnahme, deren Periode ein Tag ist, d. h. der kürzeste Zeitabschnitt, der im Civilrecht gewöhnlich in Betracht kommt. Der Baum bringt Früchte in jährlichen Perioden. Ebenso wird das Getreide, das Heu, das Gemüse jedes Jahr von Neuem gewonnen, oder sogar „in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis inriguis (l. 7 § 6 D. s. m. 24, 3).[1] Von den Hausthieren erwartet man jedes Jahr eine Einnahme an Thierjungen, an Wolle u. s. w. Die Milch gewinnt man jeden Tag. Ebenso bringt die Jagd, die Fischerei jedes Jahr eine neue Einnahme. Die Fossilienausbeute kann jeden Tag betrieben werden. Diese Art der Einkommensgewinnung hat, freilich, die wichtige Eigenthümlichkeit, dass sie die Wiederkehr des Einkommens für die Zukunft direct abschneidet, weil der Reichthum des Bergwerkes an Fossilien sich mit der Ausbeute erschöpft. Insofern ist die Einnahme an Fossilien keine periodische Einnahme im eigentlichen Sinne. Indessen wir haben schon gesagt, dass die Verhaltungsregel, welche im Begriffe des Einkommens enthalten ist, keine absolute, sondern nur ein ziemlich opportunistisches und relatives Postulat ist, wie jede andere durch das praktische Leben der Menschen geschaffene Gewohnheitsregel. Es handelt sich nicht darum, dass die Einkünfte eine Erscheinung mit der unendlichen Periodicität sein sollen, sondern nur darum, dass die Periodicität so lange dauere, wie dies nach praktischen Wirthschaftsregeln erreichbar ist. Nicht die Sorge für die unendliche Zukunft ist durch den Begriff des Einkommens geboten, sondern nur die unvernünftige Verschwendung verboten. Gewöhnlich sind die Fossilien in der Erde in so grosser Masse vorhanden und ihre Ausbeute schreitet so langsam fort, dass die Bergwerksbesitzer ihr Kapital praktisch als eine ewige Quelle von Einkünften behandeln. Diese Erscheinung können wir auch im Corpus iuris beobachten. Dort heisst es über die Grunddienstbarkeiten: omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent (l. 28 D. de S. P. U. 8, 2).

---

1) Durch die Wiederkehr der Früchte (rursus) haben sich die Römer das Wort rus erklärt.

Quod in agris quotquotannis rursum faciunda eadem, ut rursus capias fructus, appellata rura. Varro de lingua lat. 5, 4 § 40. Huschke eod. Servus Sulpicius Rufus.

Das hindert aber nicht, dass die serv. calcis coquendae, harenae fodiendae, cretae eximendae, lapidis eximendi . . . als gültige Servituten anerkannt sind.

Ein Grundstück kann nicht ewig eine Quelle der Ausbeutung von Fossilien sein; perpetua causa im buchstäblichen Sinne kommt im Wirthschaftsleben aber nicht in Betracht.

Diejenigen Arten der Einkünfte, welche wir bisher betrachteten, haben eine ziemlich kurze Periode der Wiederkehr. Fast alle kommen jedes Jahr wieder. Uebrigens sind bei Pachtzinsen, bei der silva caedua etc. auch längere Perioden z. B. von 5 Jahren möglich (Beispiele in der l. 7 §§ 7, 8 D. s. m. 24, 3). Als Einkommen werden von den Menschen namentlich die Einnahmen mit solchen kurzen Perioden berücksichtigt. Aus dem Zwecke und dem praktischen Sinn der Unterscheidung zwischen dem Einkommen und Kapital folgt, dass ein Privatwirth eine Einnahme, welche jede 40, 50 oder 60 Jahre wiederkehren würde, nicht als sein Einkommen, sondern als Kapital betrachten würde. Eine solche Einnahme kann man eigentlich vom privatwirthschaftlichen Standpunkt nicht als periodisch wiederkehrende bezeichnen. Denn für einen Menschen ist es keine periodisch wiederkehrende Einnahme, welche er vielleicht nur einmal erlebt. Dies erklärt uns folgende wirthschaftliche Erscheinung, welche auch das römische Recht anerkennt. Wenn man einen Acker mit stehendem Getreide oder eine Wiese mit Heu sieht, so unterscheidet man den Boden als das Kapital und die Pflanzen als stehende Früchte (fructus stantes), d. h. als dasjenige, was das Einkommen des Grundbesitzers in diesem Jahre bilden wird. Ganz anders, wenn man ein Grundstück mit einzelnen Bäumen oder einen Forst erblickt. Dann sagt man: der Grundbesitzer hat so und so viel Kapital in Grundboden und Forst. Hier werden also auch die Pflanzen zum Kapital gerechnet. Zwar kann man die Bäume wegnehmen und in 40, 60 . . . Jahren den Forst desselben Alters oder Werthes haben. Allein die Einnahme, welche wahrscheinlich erst für den Erben des gegenwärtigen Besitzers wiederkehren wird, kann Niemand zu den Einkünften des gegenwärtigen Besitzers rechnen; man betrachtet daher die Bäume nicht als stehende Früchte, sondern als Kapital. Es giebt auch solche Wirthe, welche von ihrem Forst gar keine Einkünfte ziehen. Der Vormund und Pflegevater der Gänseliesel (im Romane von Eschtruth „Gänseliesel") will keinen einzigen Baum anrühren, damit die geliebte Tochter ein solides Kapital in Forst nach seinem Tode bekomme. Oder man lässt den Forst lange Jahre unberührt, bis die Tochter gross wird und heirathet; dann hat man das Kapital für die Ausstattung. Also eine einmalige Einnahme für ein einmaliges Bedürfniss. Das ist nicht die Einkommenwirthschaft, welche periodisch wiederkehrende Einnahmen für periodisch wiederkehrende Bedürfnisse des Wirthes schafft. Derartige Fälle sind indessen nur Ausnahmeerscheinungen der patriarchalischen unpraktischen Sparsamkeit. Trotzdem der Forst Kapital ist, kann man doch in Bäumen Einkommen gewinnen. Ueber die Früchte bei der Forstwirthschaft und verwandte Erscheinungen im folgenden §.

b) Einkünfte von Gesammtkapitalien.

§ 7. *α*) Die Summission beim Niessbrauch.[1]

Wenn wir als Quelle der Fruchtgewinnung einzelne Thiere, Bäume und dgl. betrachten, so kann das Fleisch und die Haut des crepirten Thieres, der dürre Baum niemals als Frucht erscheinen. Die Einnahme, welche der Wirth durch den Verkauf dieser Gegenstände erzielt, ist eine einmalige, nicht wiederkehrende Einnahme, welche dazu nur das verwandelte Kapital selbst darstellt. Ganz anders gestalten sich die wirthschaftlichen Erscheinungen, wenn wir als Quelle der Gewinne ein Kapital voraussetzen, welches eine Gesammtheit von gleichartigen Stücken oder Theilen ist, wie z. B. eine Heerde oder ein Forst.

Was zunächst die wirthschaftliche Bedeutung des schädlichen Zufalls, z. B. des Unbrauchbarwerdens oder Todes eines Thieres oder Baumes anbetrifft, so ist sie bei Gesammtkapitalien grundverschieden von derjenigen bei einzelnen Kapitalstücken. Eine je grössere Zahl von Objecten wir beobachten, desto mehr verwandeln sich die diese Objecte treffenden Ereignisse in eine regelmässig wiederkehrende Erscheinung. Hier äussert sich das sogenannte

---

1) Literatur über den Heerdenniessbrauch: Fitting, Begriff der Rückziehung; Wächter, Das schwebende Eigenthum S. 10 fg.; Göppert a. a. O. S. 288 fg.; Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach röm. R. (1871). Kohler, Dispositionsniessbrauch S. 221 fg. (in den Jahrb. für Dogm. 24. S. 221 fg. 1886); Bendixen, über den Niessbrauch an einer Heerde (Gött. Inaug.-Diss. 1887); Czyhlarz a. a. O. S. 442 fg. (1887); Rümelin, Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters S. 148 fg. (1888).

Gesetz der Massenerscheinungen oder der statistischen Zahlen. Wenn wir eine Familie beobachten, so ist ein Tod oder eine Geburt in derselben ein Zufall, ein trauriges oder freudiges Ereigniss. Wenn wir dagegen die Bevölkerung einer grossen Stadt beobachten, so bemerken wir, dass jedes Jahr eine ungefähr gleiche Zahl von Todesfällen oder Geburten zu verzeichnen ist. Für einen Privatwirth ist eine Erbschaft eine einmalige zufällige Einnahme. Dem Fiscus gegenüber, welcher mit Massenerscheinungen zu thun hat, ist das nicht zutreffend. Im Budget, welches die Aufzählung der periodischen Bedürfnisse (Ausgaben) und der periodischen Einnahmen des Staates enthält, finden wir eine als periodisch wiederkehrende Einnahme von der Erbschaftssteuer vorausgesehen. Denn der Fiscus hat jedes Jahr ein ungefähr gleich grosses Erbschaftscapital zu besteuern. Die Erbschaftssteuer gehört daher zum Staatseinkommen. Ein Tourist, welcher in Monte-Carlo eine Summe Geld im Spiel gewinnt, betrachtet die Summe als einen zufälligen Glücksgewinn, welcher nicht zum Einkommen gehört. Die Spielbank dagegen, welche mit sehr zahlreichen Opfern ihrer Thätigkeit in Berührung kommt, gewinnt durch das Spiel ein ständiges Einkommen.

Kurz, der casus bei einzelnen Erscheinungen wird zum casus rediens bei Massenerscheinungen. Casus rediens ist aber eigentlich kein Zufall. Der Gewinn, welchen ein solcher casus rediens verursacht, ist kein zufälliger Gewinn, weil er eben regelmässig wiederkehrt. Der Schade, welchen ein casus rediens verursacht, ist kein zufälliger Schade, sondern ein regelmässiger Verlust. Daraus zwei wichtige Folgen für das Wirthschaftsleben:

Erstens wird jede ordentliche Wirthschaft so eingerichtet, dass die wiederkehrenden schädlichen Ereignisse eine entsprechende regelmässige Abwehr finden. Der Besitzer einer Heerde Vieh oder eines Weingartens sorgt dafür, dass die während der Wirthschaftsperiode unbrauchbar gewordenen oder untergegangenen Kapitalstücke (z. B. die crepirten, erkrankten Thiere) durch neue Stücke ersetzt werden.

> Semper erunt, quarum mutari corpora malis;
> Semper enim refice ac, ne post amissa requiras,
> Anteveni et subolem armento sortire quotannis.
> Nec non et pecori est idem delectus equino.[1]

1) Vergil. Georg. III 69—72.

D. h. man erneuert sein Kapital an Thieren jedes Jahr, damit es immer auf derselben Höhe bleibe. Um diese Pflicht jedes ordentlichen Wirthes zu erfüllen, darf man aber nicht alle in der Wirthschaftsperiode geworfenen Thierjungen als sein Einkommen, als seinen Consumptionsfond betrachten. Einige davon müssen in die Heerde an Stelle der abgegangenen und unbrauchbar gewordenen Stücke eingestellt werden, damit die Heerde aus der Wirthschaftsperiode nicht in verschlechtertem Zustande hervorgehe. Einige Thierjunge betrachtet also der Wirth der Heerde nicht als sein Einkommen, sondern als Kapital. Welche zum Kapital und welche zum Einkommen gehören, darüber entscheidet die Auswahl des Wirthes. Diejenigen, welche in die Heerde einzustellen er sich entschliesst, sind Kapital. Diejenigen, welche er verkauft, selbst verbraucht u. s. w., gehören zum Einkommen. Bis die Sortirung der Heerde noch nicht vorgenommen ist, kann eine Ungewissheit, ein Schwebezustand nicht nur für einen dritten Beobachter, sondern auch für den Wirth selbst bestehen. Er hat noch nicht entschieden, welche Thierjungen er als Kapital behalten und welche er als Einkommen behandeln wird. Vielleicht wartet er, bis die geworfenen Thierjungen ihre Eigenschaften verrathen, welche für ihre Behandlung von Bedeutung sein können, vielleicht geschieht die Sortirung der Heerde und der Verkauf der abgehenden alten und überflüssigen jungen Thiere erst in einem späteren Monate.[1]

Zweitens, die abgegangenen und unbrauchbar gewordenen Stücke können bei einem Massenkapital zum Einkommen gehören. Gewiss, sie gehören nicht zum Einkommen, wenn sie durch andere Stücke im Kapital nicht ersetzt werden. Denn dann sind sie nichts weiter, als die in eine schlechtere Gestalt verwandelten Theile des Kapitals. Was durch den Verkauf der abgehenden lebenden oder todten Stücke (ihrer Häute etc.) gewonnen wird, das kann nicht einmal als eine neue Einnahme bezeichnet werden, denn um den Werth der verkauften Stücke wird eben das Kapital in natura, die Heerde, vermindert. Anders wenn die abgehenden Stücke durch neue ersetzt sind. Das Kapital behält dann seinen ursprünglichen Werth und seine Productivität; trotz des Wechsels einiger Bestandtheile in jeder Einkommensperiode bleibt die Heerde

1) In nutricatu haedi, trimestres cum sunt facti, tum summittuntur et in grege incipiunt esse. Varro R. R. II, 3, 8.

wirthschaftlich identisch mit sich selbst und vollzählig. Der Werth der abgehenden Stücke ist nicht der verschlechterte Theil des Kapitals, weil dieses seine Integrität vollständig behalten hat. Durch den Verbrauch der abgegangenen und durch andere ersetzten Stücke verwandelt und verzehrt der Wirth sein Kapital gar nicht. Im Gegentheil kann er den erlösten Preis als den Gewinn der entsprechenden Wirthschaftsperiode betrachten, er kann ihn ruhig verbrauchen, ohne sein Stammvermögen anzutasten. Mit andern Worten die ersetzten Stücke der Heerde bilden ganz ebenso wie die überflüssigen Thierjungen für den Wirth eine wahre Einnahme von der Heerde. Und da diese Einnahme gewöhnlich „quotannis“ ist, so gehört sie zum Einkommen.

Was über die Wirkung der wiederkehrenden, vom Wirth unabhängigen Ereignisse, welche das Kapital treffen (casus), gesagt ist, gilt auch in Bezug auf seine eigenen Handlungen. Nicht nur die durch den Zufall untergegangenen oder unbrauchbar gewordenen Thiere kann der Wirth als sein Einkommen betrachten, sondern er kann auch die vollständig tadellosen oder auch die besten Stücke der Heerde zu seinem Einkommen machen. Die Pferde- oder Hundezüchter verkaufen jedes Jahr einige schöne und am besten dressirte Exemplare. Dagegen betrachten sie die Thierjungen gar nicht als ihr Einkommen. Alle Thierjungen werden in die Heerde eingestellt. Das Einkommen wird lediglich durch die Ausscheidung der erwachsenen und dressirten Stücke gewonnen. Ebenso wird das Einkommen bei der Schweinezucht hauptsächlich durch den Verkauf nicht der Ferkel, sondern der erwachsenen gemästeten Stücke gewonnen. Bei der Forstwirthschaft wird nur durch die Verwerthung der erwachsenen Bäume das Einkommen gewonnen.

Ganz andere Bedeutung als die von uns als casus rediens bezeichneten Ereignisse haben die ausserordentlichen, nicht wiederkehrenden casus, welche das Gesammtkapital treffen können. Wenn einige Kapitalstücke in der Heerde oder im Forst der natürliche Tod ereilt, oder wenn einige Stücke durch die gewöhnlichen Zufälle unbrauchbar werden, so ist diese Erscheinung im jährlichen Budget des Wirthes vorgesehen und sein Wirthschaftsplan derselben angepasst. Wenn aber eine Seuche einbricht und die ganze Heerde oder einen grossen Theil derselben vernichtet, wenn der Forst durch das Feuer oder einen ungewöhnlichen Sturm, oder durch schädliche Insecten gänzlich oder zum Theil zerstört wird, so können die schädlichen Folgen eines solchen Ereignisses durch das regelmässige

im Wirthschaftsplan vorgezeichnete System der Handlungen nicht beseitigt werden. Das Civilrecht fordert in einem solchen Falle vom Nutzungsberechtigten keine Wiederherstellung des fremden Kapitals. Andererseits kann die Einnahme, welche durch den Verkauf der verdorbenen Reste des Kapitals (der Häute der gefallenen Thiere, der ausgetrockneten oder gestürzten Bäume) erzielt werden kann, niemals zum Einkommen gerechnet werden. Das ist eine ausserordentliche, nicht wiederkehrende Einnahme, welche eben das verminderte Kapital darstellt.

Alle obigen wirthschaftlichen Grundsätze sind durch die Regeln des römischen Rechtes über die Früchte bei Gesammtkapitalien getreu wiedergegeben. Die Ersetzung der abgehenden Stücke, technisch als summissio oder substitutio bezeichnet, bewirkt für den Fruchtberechtigten den Erwerb derselben, als der Früchte; die in das Kapital eingestellten neuen Stücke gehören dagegen dem Kapitalberechtigten, weil sie eben das Kapital sind.

Im Einzelnen:

1. Die Regeln der Substitution beziehen sich nur auf Gesammtkapitalien:

Sed quod dicitur debere eum summittere, totiens verum est, quotiens gregis vel armenti vel equitii, id est universitatis usus fructus legatus est: ceterum si singulorum capitum, nihil supplebit (l. 70 § 3 D. de usu fr. 7, 1).

Unter der universitas, bei welcher der Fruchterwerb durch den Wechsel der Bestandtheile geschieht, ist übrigens nicht nur die sogenannte Sachgesammtheit zu verstehen, d. h. eine Gesammtheit von selbständigen Sachen, sondern auch diejenigen Gesammtkapitalien, welche vom Standpunkt der Lehre über die Eigenthumsobjecte als eine einheitliche Sache oder als reale Theile einer Sache in Betracht kommen, z. B. eine Pflanzenschule, eine Allee, ein Obstgarten, ein Wald, ein Weingarten u. s. w.[1]

Wann ein Gesammtkapital vorliegt und wann einzelne Individuen in Betracht kommen, kann man nur durch die Verweisung auf die Verkehrsanschauungen bestimmen. Wenn der Parteiwille erkennbar ist, hat er natürlich die entscheidende Bedeutung. Wenn Jemand einen Niessbrauch an 20 Pferden bestellt und alle Pferde

---

1) § 38 J. de rer. div. 2, 1; l. 18 D. de usu fr. 7, 1; l. 9 § 6, l. 7 § 3 D. eod.

nach ihrem Namen oder Kennzeichen bezeichnet, muss man den Willen dahin interpretiren, dass der Niessbrauch an einzelnen Stücken bestellt ist. Darum ist der Verkauf einzelner Stücke und die Substitutionspflicht ausgeschlossen. Wenn dagegen dieselben 20 Pferde durch einen Gesammtnamen als Gegenstand des Niessbrauches bezeichnet worden sind (Heerde, Gestüte ...) darf und soll der Niessbraucher dieselben als eine Gesammtheit behandeln. Ebenso kann der ausgedrückte Parteiwille selbst entscheiden, ob die einzelnen Obstbäume oder der Obstgarten als Ganzes, ob die einzelnen Palmen oder das Palmenhaus als Ganzes Gegenstand der Nutzung sein sollen.

Wenn ein Grundstück Gegenstand der Nutzung ist, sind die grösseren und die symmetrischen Baumgruppen (z. B. eine Allee, ein Park, ein Hain, ein Forst) als Ganzes im Stande zu halten und zu benützen. Die Bäume aber auf dem Grundstücke, welche zu keiner Gesammtheit gehören, z. B. ein Birnbaum, welcher vereinzelt vor dem Hause steht, ebenso wie die Thiere, welche als einzelne Individuen in Betracht kommen und darum zur Masse des Inventars nicht gehören (z. B. ein arabisches Reitpferd, als eine Luxussache neben der Wirthschaft), bleiben Gegenstand der Nutzung als Individuen.

2. Die Substitutionspflicht und der Gewinn der ersetzten Stücke durch den Fruchtberechtigten gilt nicht dann, wenn es sich nicht um die gewöhnlichen Abgänge handelt, sondern um die Folgen ausserordentlicher Zufälle. So behandeln die Quellen ganz verschieden die arbores, vites demortuae und die arbores vi tempestatis eversae. Die arbores demortuae, als natürliche und gewöhnliche Abgänge einer Baumgruppe, sind durch neue zu ersetzen und gehören nach dem Ersatz dem Niessbraucher.

Agri usu fructu legato in locum demortuarum arborum aliae substituendae sunt et priores ad fructuarium pertinent (l. 18 D. de usu fr. 7, 1).

et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere (§ 38 J. de ver. div. 2, 1).

Dagegen gehören die arbores vi tempestatis eversae, als die Reste des Kapitals, welche ein ausserordentliches Zerstörungsereigniss hinterlassen hat, nicht dem Fruchtberechtigten (alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius l. 12. pr. D. de usu fr. 7, 1).

Andererseits braucht er die Folgen eines solchen Zufalls nicht gut zu machen:

... sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis quam si thensaurus fuerit inventus (l. 7 § 12 D. s. m. 24, 3).

Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii, eversas ab eo substitui non placet (l. 59 pr. D. de usu fr. 7, 1.)

Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum (l. 19 § 1 D. eod.).

Also alle Folgen der ausserordentlichen Ereignisse treffen das Kapital (den Proprietar); für den Fruchtberechtigten erzeugen sie keinen Gewinn und keine Pflichten. Sogar die Abschaffung der Reste des zerstörten Kapitals, welche störend den Raum einnehmen, liegt nicht dem Frucht-, sondern dem Kapitalberechtigten ob. Analog ist zu entscheiden, dass, wenn in der Heerde eine Seuche ausbricht, ein Stall durch das Feuer getroffen ist, der Niessbraucher nicht nur die gefallenen Thiere nicht zu ersetzen braucht, sondern er sogar fordern kann, dass der Proprietar die todten Körper, welche ja ihm gehören, entferne.

3. Als Früchte gelten die in Folge der gewöhnlichen Umstände abgehenden Stücke erst dann, wenn das Kapital durch neue Stücke ergänzt ist:

Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum vel inutilium alia summittere, ut post substituta (d. h. die abgegangenen und durch die neuen ersetzten Stücke) fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse ... (l. 68 § 2, l. 69 D. de usu fr. 7, 1).

4. Ausser den ausscheidenden alten Stücken können bei einer Heerde auch die neugeworfenen Thierjungen als Früchte behandelt werden. Sie sind unbedingt als Früchte zu betrachten, wenn die Heerde keine zu ergänzenden Lücken hat.

Gregis usufructu legato, grege integro manente, fetus ad usufructuarium pertinent, (id est) salvo eo, ut quicquid gregi deperierit, ex fetibus impleatur (Paulus sent. III. 6 § 20).

Item si forte eo tempore, quo fetus editi sunt, nihil fuit quod summitti deberet, nunc est post editionem: utrum ex his quae edentur summittere debebit, an ex his quae edita sunt, videndum

est. puto autem verius ea, quae pleno grege edita sunt, ad fructuarium pertinere, sed posteriorem gregis casum nocere debere fructuario (l. 70 § 4 D. de usu fr. 7, 1).[1]

Wenn dagegen in der Heerde zur Zeit der Geburt der Jungen schon Lücken vorhanden sind, gebühren dem Fruchtberechtigten im Allgemeinen nur diejenigen Thierjungen, welche nach der Ergänzung der Lücken übrig bleiben.

Ueber die dingliche Regelung des Verhältnisses bestand eine Meinungsverschiedenheit zwischen Julianus und Pomponius, welche auch in die Pandekten übertragen ist.[2] Nach Julian, welchem auch Ulpian zustimmt, bleibt zunächst das Eigenthum an den Thierjungen in der Schwebe zwischen Proprietar und Niessbraucher; die Schwebe wird durch die Summission zu Gunsten des Proprietars, durch die Nichtsummission zu Gunsten des Niessbrauchers entschieden.

Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cuius sit fetus quaeritur. et Julianus libro tricensimo quinto digestorum scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est (l. 70 § 1 D. de usu fr. 7, 1; vgl. l. 12 § 5 eod.).

Der theoretische Sinn dieser Entscheidung besteht darin, dass die wirthschaftliche Verwendung der Thierjungen entscheidet, ob sie zum Einkommen oder zu den Kapitalstücken gerechnet werden. Die Summission bedeutet, dass die Thierjungen in die Kapitalheerde eingestellt, derselben zugewiesen werden.[3] Unter der Nichtsummission sind diejenigen Thatsachen zu verstehen, welche bekunden, dass der Niessbraucher das betreffende Stück zur Ergänzung des Kapitals nicht verwenden wird. Dahin gehören nicht nur die entsprechenden Handlungen des Usufructuars, sondern auch

1) Ratio dubitandi der Stelle besteht im Folgenden: die vorsichtigen Wirthe rechnen unter Umständen zu ihrem Einkommen weniger, als dies die oben dargestellten allgemeinen Grundsätze erlauben. Wenn sie in der Zukunft einen Ausfall im Kapital erwarten, behalten sie einen Reservefond für die Herstellung der Integrität desselben. Es war nun zweifelhaft, ob man den Niessbraucher einer Heerde nicht veranlassen sollte, die Thierjungen, welche pleno grege geworfen sind, als einen solchen Reservefond zu behalten. Mit Recht wird die Frage verneint. Dem Niessbraucher wird die nöthige wirthschaftliche Freiheit gewährt. Es wird ihm überlassen, wie er den posterior casus (d. h. casus rediens) abwehren will.

2) Vgl. Kohler S. 227 fg.; Czyhlarz S. 443 fg.

3) Czyhlarz S. 446.

die objectiven Ereignisse, welche das betreffende Stück zur Summission unbrauchbar machen, wie z. B. der Tod, die Erlahmung, Erblindung des Thieres.

Secundum quae si decesserit fetus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, et necesse habebit alios fetus summittere. unde Gaius Cassius libro octavo scribit carnem fetus demortui ad fructuarium pertinere (l. 70 § 2 D. eod.).

Nach der Meinung von Pomponius erwirbt der Niessbraucher sofort das Eigenthum an den geworfenen Thierjungen. Durch die Summission wird nicht die Schwebe entschieden, sondern es findet eine Rückkehr des Eigenthumes vom Niessbraucher zum Proprietar statt (l. 69 D. eod.). Im Corpus iuris ist die Meinung von Julian recipirt.[1] Dagegen wird dieselbe in der Literatur getadelt, weil sie die Eigenthumspendenz statuirt.[2]

Wir leugnen nicht, dass die Ungewissheit des Eigenthumes im Allgemeinen keine wünschenswerthe Erscheinung ist. Allein nicht an sich ist die Eigenthumspendenz eine schädliche Erscheinung, sondern nur wegen ihrer unbequemen practischen Folgen, welche nicht immer eintreten können; die letzteren bestehen hauptsächlich darin, dass die Disposition über das Object des schwebenden Eigenthumes im Falle der für den Disponirenden ungünstigen Entscheidung ungültig werden und schädliche Verkehrsverwickelungen bewirken kann. Führt die Meinung von Julian diese Folgen herbei? Nein, weil jede Disposition über die noch nicht summittirten Thierjungen, welche mit der eventuellen Summission unvereinbar ist, als die positive non-summissio betrachtet werden muss, welche die Schwebe aufhebt. Darum schreiben wir der Meinungsverschiedenheit zwischen Pomponius und Julianus resp. seinen Anhängern keine grosse Bedeutung zu. Es ist eine ziemlich unschuldige Constructionscontroverse. Als Theorie scheint uns die Meinung von Julian correcter zu sein, weil sie getreuer die wirklichen Verhältnisse schildert. Der Wirth einer Heerde hat eine Wahl, welche Thierjungen und wann er dieselben als Einkünfte verwendet und welche er zur Ergänzung des Kapitals bestimmen wird. Diese für die Wirthschaft nothwendige Freiheit und die daraus entstehende zeitweilige Ungewissheit ist juristisch gesprochen eine Schwebe zwischen dem Frucht- und Kapitalverhältniss, also in den Fällen, wo damit

1) Vgl. ausser den citirten Stellen noch § 38 J. de rer. div. 2, 1.

2) Vgl. Kohler S. 224 fg.; Czyhlarz S. 449 fg.

die Eigenthumsfrage verbunden ist, die Schwebe des Eigenthumes. Die Construction von Pomponius besagt dagegen etwas, was den wirthschaftlichen Erscheinungen nicht entspricht. Sie betrachtet zunächst alle Thierjungen unbedingt als Frucht, obgleich der Wirth im concreten Falle nur wenige davon oder keine für seine Einkünfte hält; dann aber lässt sie das Eigenthum wieder an den Proprietar zurückfallen, als wenn man eine Einnahme zuerst als Einkommen einschreibt, dann aber den Posten wieder ausstreicht und als Kapital notirt.

5. Zu den Einkünften, welche durch die Ausscheidung und den Ersatz der ursprünglichen Kapitalstücke gewonnen werden, sind nicht nur die todten oder unbrauchbar gewordenen Individuen zu rechnen, sondern überhaupt diejenigen, welche entfernt werden können, ohne die Integrität des Kapitals zu gefährden.[1]

Die Substitution und die fortwährende Erneuerung des Gesammtkapitals wird als eine Pflicht jedes ordentlichen Hausvaters dem Niessbraucher erlaubt und vorgeschrieben. Die ordentliche Wirthschaft erlaubt und erfordert aber bei gewissen Gesammtkapitalien auch die Ausscheidung ganz brauchbarer oder junger Stücke. So werden einer Baumschule namentlich die jungen Pflanzen als Einkünfte entnommen und verkauft oder sonst verwendet:

Seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere, ita tamen, ut et vendere ei et seminare liceat: debet tamen conserendi agri causa seminarium paratum semper renovare . . . (l. 9 § 6 D. de usu fr. 7, 1).

Bei dem lebendigen Inventar eines Landgutes freilich erfordert die ordentliche Wirthschaft, dass die kräftigsten Stücke als Kapital verbleiben. Wenn man aber hauptsächlich zum Verkauf die Thiere züchtet, darf man nur diejenigen Stücke nicht veräussern, welche für die Production des gesunden und kräftigen Nachwuchses unentbehrlich sind. Bei einem Obstgarten ersetzt man die alten Bäume durch die neuen dann, wenn sie für die Gewinnung des Obstes zu alt werden. Daher geschieht die renovatio eines Weingartens, der Ersatz der alten Birn- oder Apfelbäume verhältnissmässig in kurzen Zwischenräumen; dagegen erfordert die ordentliche Führung eines Parkes, dass man die alten Bäume nicht weg-

[1]) Diesen Sinn schreibt Kohler (S. 226) mit Recht den Worten capita inutilia zu. Ebenso Czyhlarz S. 443 N. 88.

nimmt, insofern sie nicht abzusterben beginnen, oder insofern beim Wachsen der Bäume die Zwischenräume nicht zu klein werden.[1] Kurz, man kann keine absolute und allgemeine Regel für die Gewinnung der Einkünfte durch den Wechsel der Kapitalbestandtheile aufstellen. Jede Art der Wirthschaft hat ihre eigenen Regeln, welche bestimmen, was als Einkommen zu verwerthen ist und was als Theil des Kapitals verbleiben muss. Insbesondere ist auch zu beachten, dass die Substitution nicht bei allen Arten der Gesammtkapitalien erforderlich ist. In einem Forst, in einem Taubenschlag, in einem Wildpark geschieht die Substitution auf natürlichem Wege durch die Fortpflanzung, ohne dass dazu besondere wirthschaftliche Handlungen erforderlich wären. Die Regeln über die Substitution sind hier nur analog in dem Sinne anzuwenden, dass dem Fruchtberechtigten nicht mehr gehört, als was die natürliche Substitution zu ersetzen vermag. D. h. es gilt der einfache Satz, dass alles Frucht ist, was ohne die Minderung des Stammkapitals gewonnen wird.

Triphoninus libro septimo disputationum. Si vivariis inclusae ferae in ea possessione custodiebantur, quando usus fructus coepit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? alias si quas initio incluserit operis suis vel post sibimet ipsae inciderint delapsaeve fuerint, hae fructuarii iuris sint? commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem ius incertum sit, sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum finito usu fructu domino proprietatis adsignare, qui fuit coepti usus fructus tempore (l. 62 § 1 D. de usu fr. 7, 1).

In der That wird man bei einem Wildpark nicht die Geschichte

[1]) Nach der herrschenden Lehre gehören die als Holz verwertheten Bäume eines Obstgartens, eines Parkes etc. überhaupt nicht zu den Früchten, weil die wirthschaftliche Hauptbestimmung des Obstgartens, des Parkes nicht in der Holzgewinnung besteht. Darnach sollte man auch das Gras, welches in einem Parke gemäht wird, nicht zu den Früchten rechnen. Dass die ganze Theorie im Allgemeinen falsch ist, haben wir schon oben gezeigt. Was die Früchte bei Gesammtkapitalien anbetrifft, so widerlegen die herrschende Meinung diejenigen Stellen, welche die arbores demortuae, vineae demortuae, capita defuncta vel inutilia dem Niessbraucher zusprechen. Die wirthschaftliche Bestimmung der Heerde besteht nicht darin, dass man davon capita defuncta gewinnt. Dass die Entscheidung über capita inutilia auch auf die arbores inutiles, vineae inutiles zu beziehen ist, kann wohl nicht bestritten werden: „recte enim colere debet et quasi bonus pater familias uti debet.“ Die renovatio eines Obstgartens bringt aber Einkünfte an Holz als Nebenfrüchte.

und Genealogie jedes wilden Thieres nachweisen können. Insbesondere kann man nicht zwischen capita utilia und inutilia unterscheiden. Der Gewinnung der Einkünfte wird die einfache Grenze gezogen, dass das Stammkapital auf derselben Höhe bleiben muss. Natürlich darf man auch hier den Satz nicht vergessen, dass die ausserordentlichen casus dem Fruchtberechtigten nicht schaden. Wenn bei einem feindlichen Einbruch der Zaun des Parkes zerstört wird und die Thiere davonlaufen, braucht der Niessbraucher dafür nicht einzustehen.

§ 8. β) Bedeutung des Institutes der Summission für den allgemeinen Fruchtbegriff.

Aus unserer Darstellung der Summissionslehre folgen zwei Sätze:

1. Der Erwerb des Fruchtberechtigten bei der Summission ist als Fruchterwerb zu betrachten;

2. Da durch die Summission die Früchte vom Kapital geschieden werden, so hat die Lehre von der Summission eine ebenso universale Bedeutung für das Civilrecht, wie der Gegensatz zwischen Kapital und Einkünften. Wie dieser Gegensatz für alle Institute des Vermögensrechtes von eminenter Bedeutung ist, so hat auch die Lehre von der Summission eine entsprechende Bedeutung für alle Institute des Vermögensrechtes.

Der zweite Satz wird in der Literatur völlig übersehen. Die Summissionslehre verbindet man mit der Lehre vom Niessbrauch. Nicht nur in den Lehrbüchern, sondern auch in den speciellen Abhandlungen wird die Summissionslehre als ein Nebentheil der Niessbrauchstheorie dargestellt.

Der erste Satz wurde dagegen schon länger aufgestellt, hat aber keine allgemeine Anerkennung gefunden. Besonders in der neuesten Zeit hat man ihn sehr entschieden bekämpft und zwar natürlich vom Standpunkt der Niessbrauchslehre. Die Argumentation ist einfach, scheint logisch zwingend zu sein und besteht in der folgenden Syllogismuskette.

Die Heerde ist kein einheitliches Rechtsobject, also kein einheitlicher Gegenstand des Niessbrauches. Darum kann man unmöglich die corpora inutilia und demortua als Frucht der Heerde betrachten. Wie der Niessbrauch zum eigentlichen Object nur

die einzelnen Stücke hat, so kann nur von den Früchten einzelner Stücke die Rede sein. Die Heerdenfrucht ist ein völlig unbrauchbarer Begriff. [1]

In dieser Argumentation können weder die Praemissen, noch die Schlüsse aus denselben eine genauere Kritik bestehen.

Zunächst ist falsch der Satz, dass die Heerde kein einheitliches Rechtsobject sein kann. Richtig ist bloss der Satz, dass nur die einzelnen Thiere als ein eigentliches Object des Eigenthumes und des Besitzes gelten können. Man hat aber entschieden Unrecht, wenn man nach den Regeln über die Gegenstände des Besitzes und des Eigenthumes die viel allgemeinere Frage entscheidet, was Rechtsobject sein kann. Was man über die Rechtsobjecte gewöhnlich lehrt, ist nur in Bezug auf die Eigenthumsobjecte richtig. Das römische Recht ist zwar gegen das Eigenthum nach realen Theilen einer Sache und gegen das Eigenthum an der Gesammtheit von Sachen; es ist aber weit davon entfernt, den realen Theilen einer Sache und der Gesammtheit von Sachen die Möglichkeit abzuerkennen, selbständige Rechtsobjecte zu sein. Was den Niessbrauch anbetrifft, so kann dieses Recht sich ebenso auf die realen Theile einer Sache (welche hier also als selbständige Rechtsobjecte erscheinen) wie auf die Gesammtheit beziehen. Ulpian spricht ganz allgemein die Möglichkeit aus, dass der Niessbrauch am Theil des ager bestellt werden kann:

Sed si haec metalla post usum fructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur usus fructus, non partium, continentur legato (l. 9 § 3 D. de usu fr. 7, 1).

Recte Neratius scribit, si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi per ea scilicet loca fundi, per quae . . . (l. 2 § 2 D. si serv. vind. 8, 5 von Ulpianus).

Agri vel loci usus fructus legatus . . . (l. 10 § 2 D. quib. mod. 7, 4). [2]

Auch der Niessbrauch an einer ganzen Sache kann sich nachträglich auf den Niessbrauch an einzelnen regiones reduciren. Nach der wesentlichen Veränderung des Hauses hört der Niessbrauch an demselben auf; er dauert aber an dem Grundstück, welches zum Hause gehörte, fort:

1) Göppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen S. 94 fg.; Kohler S. 222 fg., S. 290 fg.

2) Vgl. l. 7 § 10 D. comm. div. 10, 3: regionibus uti frui.

Quid tamen si fundus villae fuit accessio? videamus, ne etiam fundi usus fructus (diruta villa) extinguatur: et idem dicendum est, ut non extinguatur (l. 10 pr. D. eod.).

Diese Folge kann auch durch non usus pro regione herbeigeführt werden:

Placet vel certae partis vel pro indiviso usum fructum non utendo amitti (Pomponius l. 25 D. quib. mod. 7, 4).

Warum kann man den Niessbrauch an einem Obstbaume, an einem Zimmer im Hause nicht bestellen?

Man kann also keinesfalls von den Regeln über die Gegenstände des Eigenthumes die allgemeinen Regeln über die Rechtsobjecte abstrahiren.

Für die Frage nach der Möglichkeit eines Niessbrauches an einer Gesammtheit hat also diejenige Lehre, welche man für die Lehre von den Rechtsobjecten ausgiebt, gar keine präjudicielle Bedeutung.

Dass die Heerde, als Ganzes, Gegenstand des Niessbrauches sein kann, beweisen folgende Sätze:

1. Was zunächst den Beginn des Niessbrauches betrifft, so finden wir in den Quellen den Satz:

Grege legato et quae postea accedunt, ad legatarium pertinent (l. 21 D. de leg. I) —,

woraus folgt, dass beim legatum usus fructus gregis die Verhältnisse gleichfalls sich ganz anders gestalten, als beim Niessbrauch an einzelnen Thieren.

2. Die Beendigung des Niessbrauches richtet sich gleichfalls nach der Einheitlichkeit der Heerde, als Niessbrauchsgegenstandes:

Cum gregis usus fructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit usus fructus (l. 31 D. quib. mod. usus fr. 7, 4).

3. Während der Dauer des Niessbrauches sind die Rechte und die Pflichten des Usufructuars einer Heerde so gestaltet, dass sie als die Nutzung an einem einheitlichen Kapital erscheinen (oben S. 99 fg.).

Wir wissen nicht, welche Consequenzen noch erforderlich sind, um den Niessbrauch an einer Heerde als einen einheitlichen Niessbrauch an einem Gegenstand anzuerkennen. Freilich sucht man die obigen Consequenzen der Einheitlichkeit der Heerde als

Niessbrauchsgegenstandes dadurch wegzudeuten, dass man den usus fructus gregis für einen modificirten Niessbrauch an einzelnen Thieren erklärt.

Dagegen ist freilich schwer etwas einzuwenden, nur fragt es sich: warum können wir den Niessbrauch an einzelnen Thieren, wenn er so modificirt ist, dass er wie ein Niessbrauch an einer Heerde, als einem Ganzen, behandelt wird, nicht einfach Niessbrauch an der Heerde als einem Ganzen nennen? Das ist ja nur eine Vereinfachung der technischen Sprache. Man kann auch die Obligation als ein modificirtes Eigenthum bezeichnen; das hat aber keinen Zweck, denn man muss zu viel Worte machen, um alle Abweichungen aufzuzählen.

Freilich ist bei der Aufstellung des Begriffes des Heerdenniessbrauches nicht zu vergessen, dass die Heerde kein einheitlicher Gegenstand des Eigenthumes ist. Darum ist es nur dann möglich, den Niessbrauch an der ganzen Heerde zu bestellen, wenn alle Stücke dem Besteller gehören. Wenn eigene Stücke des Bestellers eine Heerde ausmachen, dann ist der Niessbrauch gültig, aber zur Niessbrauchsheerde gehören die fremden Stücke nicht. Wenn in der Heerde so wenig eigene Thiere des Bestellers vorhanden sind, dass sie keine Heerde bilden können, dann kommt der Heerdenniessbrauch nicht zu Stande. Wenn der Niessbrauch durch den letzten Willen bestellt ist, dann wird der Erbe unter Umständen die fremden Stücke hinzukaufen müssen; insofern kann der Bedachte auch die fremden Stücke als zur geschuldeten Niessbrauchsheerde gehörig betrachten. Was die Klage des Niessbrauchers anbetrifft, so ist dieselbe eine Klage (nicht aber die Cumulation mehrerer Klagen) wegen der Auslieferung der ganzen Niesbrauchsheerde zur Nutzung. Natürlich kann die a. confessoria auch wegen eines einzelnen Thieres angestellt werden, wenn z. B. der Proprietar nur einzelne Thiere nicht herausgeben will. Obgleich an einzelnen Thieren kein selbständiger Niessbrauch besteht, so ist doch das Niessbrauchsrecht an der Heerde verletzt, wenn einige Stücke, welche zur Niessbrauchsheerde gehören, dem Niessbraucher vorenthalten werden. Die Bedeutung der Thatsache, dass der Niessbrauch an der ganzen Heerde besteht, äussert sich darin, dass der Niessbraucher den Prozess verlieren wird, wenn es sich herausstellt, dass von der Heerde nur 2 oder 3 Stücke überhaupt existiren (l. 31 D. quib. mod. 7, 4). Denn an dem in

Anspruch genommenen Thiere besteht kein selbständiger Niessbrauch. —

Ferner ist zu beachten, dass die Substitution sich nicht nur auf die sogenannten Sachgesammtheiten bezieht (oben S. 99). Die von uns bekämpfte Argumentation weist also die schwache Seite auf, dass sie da unterscheiden muss, wo die Quellen nicht unterscheiden.

Endlich, auch angenommen, aber nicht zugegeben, dass die Heerde kein einheitliches Objekt des Niessbrauches bilden kann, verstehen wir doch nicht, warum von den Früchten der Heerde, als eines Ganzen, keine Rede sein kann. Wenn wir annehmen, dass der Niessbrauch an der Heerde nur ein modificirter Niessbrauch an einzelnen Stücken ist, so entsteht die Frage: warum kann die Modification nicht gerade darin bestehen, dass die Ausübung der Nutzung an der Heerde als an einem Ganzen geschehen soll, so dass als Frucht dasjenige betrachtet wird, was ein ordentlicher Wirth als Einkünfte vom Gesammtkapital behandelt? Die Frage also nach dem Wesen des Niessbrauchs an einer Heerde ist für die Frage nach der Möglichkeit der Heerdenfrüchte gleichfalls nicht präjudiciell. Es kann von den Früchten eines solchen Gegenstandes die Rede sein, welcher von dem wahren Gegenstand des betreffenden Rechtsverhältnisses verschieden ist. Z. B., wenn zur Dos ein fundus gegeben ist, so ist der fundus, nicht aber seine realen Theile, Gegenstand des Dotalverhältnisses. Trotzdem kann sehr wohl eine besondere Frage nach den Früchten eines realen Theiles des fundus entstehen. So können die Früchte des zum fundus gehörenden Weinberges eine andere Rolle spielen als die Früchte des Waldes. Die einen können unter Umständen bei der Auflösung der Ehe gar nicht getheilt werden, während die Früchte eines andern Theiles des Grundstückes, welche längere Fruchtperiode haben, getheilt werden müssen (l. 7 §§ 1, 2, 3, 6, 7, D. s. m. 24, 3).

Eine andere Construction des Institutes der summissio, als vom Standpunkt der Fruchtlehre scheint uns nach dem praktischen Inhalt des Institutes ganz unmöglich zu sein. Früher hat man eine ziemlich unklare und unbestimmte Erklärung der Summission und ihrer Folgen aus dem Inhalt der cautio usufructuaria hergeleitet.[1] Diese Erklärung kann schon aus dem Grunde nicht be-

1) Vgl. z. B. Göppert a. a. O. S. 98.

friedigen, weil die Summission d i n g l i c h e Wirkungen herbeiführt. Die beste und, wie wir glauben, die allein als möglich bleibende Construction, wenn wir die ausscheidenden capita nicht als Früchte betrachten, ist neuerdings von Kohler in seiner oben citirten Abhandlung über den Dispositionsniessbrauch aufgestellt worden. Danach bildet der Niessbrauch an einer Heerde einen Fall des sog. Dispositionsniessbrauches, d. h. der Niessbraucher einer Heerde hat das Recht, über den Gegenstand des Niessbrauches in den durch die Regeln der Summission bestimmten Grenzen zu verfügen. Indem er die corpora demortua und inutilia sich aneignet, veräussert er die Niessbrauchssachen an sich selbst. Nur diese Construction, wie gesagt, bleibt möglich, wenn wir den ersetzten corpora inutilia die Fruchtqualität absprechen. Denn, wenn sie keine F r u c h t sind, so disponirt der Niessbraucher über das K a p i t a l selbst, indem er sie wegschafft.

Indessen stösst auch diese Construction bei näherer Analyse auf unüberwindliche Schwierigkeiten:

1. Es giebt zwar solche Fälle des Niessbrauches, welche nicht nur ius utendi fruendi, sondern auch die administratio, die Disposition über das Kapital gewähren. So heisst es vom usus fructus paternus, dass er die potestas uti frui gubernareque enthält (l. 6 § 2 a C. de bon. quae lib. 6, 61). Keine gubernatio aber, keine Administration, wenn sie auch mit einer unbeschränkten Vollmacht zur Veräusserung oder anderen Verwandlung des fremden Kapitals in eine andere Form verbunden ist, enthält die Befugniss der Schenkung des Kapitals an sich selbst seitens des Verwalters. Wenn wir nun den Erwerb der abgehenden Stücke seitens des Niessbrauchers nicht zum frui, sondern zum gubernare, zum Disponiren rechnen, so erweist sich, dass diese gubernatio die Schenkung der fremden Kapitalstücke an sich selbst umfasst. Das wird uns vollständig klar, wenn wir einen solchen Fall betrachten, wo das Niessbrauchskapital sich auf natürlichem Wege ergänzt, so dass der Niessbraucher keine besonderen Summissionshandlungen vorzunehmen braucht. Bei dem Niessbrauch an einem Wildpark, an einem Taubenschlag entnimmt der Niessbraucher jedes Jahr einige Thiere oder einige Tauben für sich selbst. Wenn nun diese Thiere keine Früchte sind, sondern Kapitalstücke, so besteht das Erwerbsgeschäft des Niessbrauchers in einer unentgeltlichen Veräusserung des fremden Kapitals an sich selbst, d. h. in einer Schenkung. Ebenso wenn der Niessbraucher aus dem Forst eine

Quantität Bäume für sich entnimmt, so können wir diese Handlung nur als Fruchterwerb oder als Schenkung des fremden Kapitals an sich selbst betrachten. — Nicht so klar tritt das Schenkungselement in den Fällen hervor, wo der Niessbraucher besondere Substitutionshandlungen vornehmen muss, wie z. B. beim Niessbrauche an einem Gestüte. Hier könnte man sagen, dass der Niessbraucher für die alten abgehenden Pferde ein Aequivalent in der Gestalt der jungen Stücke liefert. Das Geschäft sieht wie ein Tausch aus. Indessen würde ein solcher Tausch regelmässig als eine permutatio mixta cum donatione zu bezeichnen sein. Wenn der Niessbraucher im Herbst fünf erwachsene Pferde für sich entnimmt und an ihre Stelle fünf Fohlen in die Heerde einstellt, so macht er ein zu gutes Tauschgeschäft, indem er die erwachsenen Pferde z. B. zu 400 Mark pro Stück verkauft, die fünf Fohlen aber zusammen nicht einmal 400 Mark werth sind. Wenn wir nun eine solche Handlung des Niessbrauchers zum frui rechnen, so ist sie ganz ordnungsmässig, denn er hat dafür das Kapital zum Niessbrauch bekommen, um einen periodischen Gewinn davon zu haben. Wenn aber diese Handlung zur Verwaltung des fremden Kapitals gehört, so sieht sie zu eigennützig für eine Administrationshandlung aus. Ebenso wenn der Niessbraucher anstatt einer arbor demortua ein kleines Bäumchen substituirt, so kann er unter Umständen eine grosse Quantität Holz dabei gewinnen, ohne etwas Nennenswerthes als Aequivalent zu opfern. — Der wesentliche Unterschied, welcher zwischen dem Erwerb der corpora inutilia seitens des Niessbrauchers und der Disposition über das fremde Kapital besteht, tritt auch dann klar hervor, wenn wir uns eine wirkliche Dispositionshandlung und ihre Folgen für den Disponirenden vorstellen. Nehmen wir z. B. an, dass der Vater, welcher den Niessbrauch und die Dispositionsbefugniss in Bezug auf die adventicia seines Sohnes hat, einen ganzen Forst oder eine Hälfte desselben fällt, das gewonnene Holz verkauft und die leere Strecke wieder anschont. Die nach Abzug aller Kosten erzielte Einnahme ist wirklich ein durch eine Dispositionshandlung in Geld verwandeltes Kapital. Der Gewinn gebührt aber nicht dem Vater; er hat an der Summe nur weiter einen Dispositionsniessbrauch und muss dieselbe mit der Zeit dem Sohne wiedergeben (vgl. l. 32 D. de i. d. 23, 3). Mit anderen Worten: Disposition über fremde Kapitalien bedeutet die Verwandlung derselben in eine andere Form im Interesse ihres Eigenthümers; der Gewinn aus der Ver-

wandlung tritt in das Rechtsverhältniss des ursprünglichen Kapitals, weil er eben das Kapital selbst, nur in einer anderen Gestalt, ist. Der Erwerb des Niessbrauchers durch die Substitution bringt dem Niessbraucher periodisch einen Gewinn, somit gehört er zum frui.

2. Auch die Behandlung der Thierjungen bei dem Niessbrauch an einer Heerde kann nicht vom Standpunkt des Dispositionsniessbrauches erklärt werden. Wenn bei der Heerde dasselbe als Frucht in Betracht kommt, wie bei einer blossen Summe einzelner Stücke, so müssen die Thierjungen dem Niessbraucher gehören. Bei einzelnen Thieren gehören sie ja immer dem Niessbraucher. Wie kann der Begriff des Niessbrauches mit Dispositionsbefugniss erklären, dass an den Thierjungen dem Proprietar ein schwebendes Eigenthum zusteht, ebenso wie dem Niessbraucher? Es ist ja klar, dass sie nur bedingt als Früchte behandelt werden. Ihr Frucht- oder Kapitalverhältniss ist unentschieden. Das schwebende Eigenthum gehört ja dem Proprietar unabhängig von irgend welcher Disposition des Niessbrauchers. Ferner, die Disposition des Niessbrauchers kann auch nicht die verschiedenen Fälle der Aufhebung der Schwebe erklären. Man kann zwar vom Standpunkt der Disposition den Fall construiren, wenn die Schwebe durch die Summission zu Gunsten des Proprietars entschieden wird. Man kann hier sagen: der Niessbraucher hat sein schwebendes Eigenthum an den Proprietar abgetreten, so dass dieser ein volles, gewöhnliches Eigenthum bekommt. Der Schwebezustand kann aber auch zu Gunsten des Niessbrauchers entschieden werden und zwar ohne irgend welchen Act von seiner Seite, z. B. durch die Erlahmung, Erblindung, Tod des jungen Thieres, an welchem dem Proprietar das schwebende Eigenthum zustand. Es ist ganz klar, dass in diesem Falle nur eine objective Thatsache eingetreten ist, welche mit keiner Disposition zu thun hat. An diese Thatsache sind die Folgen ipso iure geknüpft. Diese Rechtsveränderungen sind keine Folgen eines Rechtsgeschäftes, sondern einer wirthschaftlichen Thatsache, welcher das Recht eine rechtliche Bedeutung zugeschrieben hat. — Nur vom Standpunkte der von uns vertheidigten Theorie können alle Fälle der Aufhebung der Schwebe erklärt werden. Die Erlahmung, der Tod des jungen Thieres hebt die Schwebe zwischen Kapital- und Fruchtqualität auf, weil das er-

lahmte oder gefallene Thier untauglich geworden ist, als Theil des Heerdekapitals zu fungiren.

Aus diesem Grunde müssen wir schon wegen der Einheitlichkeit der Construction in den Summissionen und Nichtsummissionen nicht Rechtsgeschäfte sehen, sondern wirthschaftliche Thatsachen, an welche als an bedingende facta die rechtlichen Folgen geknüpft sind. Dieser Gesichtspunkt wird nicht nur durch den Inhalt der positiven Rechtssätze bewiesen, sondern auch durch die allgemeinen Aussprüche der römischen Juristen bestätigt. Pomponius erklärt (in der oben angeführten l. 69 de usu fr.) den Erwerb der capita inutilia seitens des Niessbrauchers nicht durch ein von ihm abgeschlossenes Rechtsgeschäft, sondern theils durch allgemeine Billigkeitsrücksichten, theils durch den speciellen Rechtsgrund, dass die abgehenden Stücke Früchte sind: ita priora (d. h. capita inutilia) quoque ex natura fructus desinunt eius (proprietarii) esse. Wir schreiben zwar dem Ausdruck ex natura fructus keine für uns entscheidende Bedeutung zu. Man muss vielmehr noch nachweisen, dass dieser theoretische Ausspruch wirklich dem praktischen Recht entspricht; um so weniger ist darauf Gewicht zu legen, als Pomponius in seiner Theorie unsicher war und eine zweite Begründung zu Hilfe genommen hat. So viel ist aber aus der Stelle zu schliessen, dass der Erwerb der capita inutilia auf die allgemeinen Rechtsprincipien, nicht aber auf den Parteiwillen zurückgeführt wurde.

Derselbe Gesichtspunkt ist in der l. 18 eod. ausgedrückt:

Agri usu fructu legato in locum demortuarum arborum aliae substituendae sunt et priores ad fructuarium pertinent.

Der Erwerbswille des Niessbrauchers wird also gar nicht berücksichtigt. Die Thatsache der Substitution führt für ihn ipso iure den Erwerb des ersetzten Baumes herbei.

Endlich haben Ulpian und Julian gewiss nicht ohne Zweck folgenden Satz betont:

Summittere autem facti est et Julianus proprie dicit dispertire et dividere et divisionem quandam facere: quod dominium erit summissorum proprietarii (l. 70 § 5 D. eod.)[1].

---

1) Rümelir (a. a. O. S. 155 fg.) schreibt der Stelle keine Bedeutung zu und erblickt in der Summission ein Rechtsgeschäft. Als Selbstcontrahiren behandelt er die Summission aus dem Grunde nicht, weil die zweckmässige Systematik und Behandlung der Selbstcontrahirungsfälle dies nicht erfordert (S. 158. 159). Andererseits empfiehlt er mit Recht, obgleich ohne nähere Be-

Der wichtigste Grund aber, welcher uns veranlasst, nicht nur alle vorgeschlagenen Constructionen des Institutes der Summission vom Standpunkt der Niessbrauchslehre zu verwerfen, sondern auch alle möglichen derartigen Constructionen von vornherein für verfehlt zu erklären, besteht in dem schon erwähnten Satze, nach welchem das Institut der Summission eine universale Bedeutung für das ganze Civilrecht hat.

Die geschichtliche Erscheinung, dass die römischen Juristen gerade bei Gelegenheit der Niessbrauchslehre die Grundsätze der Summission besprochen haben, hat für uns keine systematische und dogmatische Bedeutung. Sie haben ja auch andere Grundsätze über den Umfang des Fruchtbegriffes bei der Besprechung der Rechte und der Pflichten des Usufructuars entwickelt. Trotzdem wissen wir, dass der Fruchtbegriff keine specielle und ausschliessliche Bedeutung für den Niessbrauch, sondern eine allgemeine Bedeutung für alle Institute des Vermögensrechtes hat. Dass es sich in gleicher Weise mit den Grundsätzen der Summission verhält, werden wir nunmehr nachzuweisen versuchen.

Die allgemeine Bedeutung der Summissionsgrundsätze folgt zunächst aus der wirthschaftlichen Erscheinung, dass jeder Wirth bei Gesammtkapitalien die Einkünfte nach den oben (S. 95 fg.) dargestellten Grundsätzen grundverschieden von denjenigen bei einzelnen Kapitalstücken berechnet. Das Civilrecht darf nicht nur nicht beim Niessbrauch, sondern auch nicht bei der Pacht, beim Kauf, bei Konkursverwaltung, Vormundschaft u. s. w. eine derartige Erscheinung ignoriren, ohne die Wirthschaft und den

---

gründung, den Anschluss der Summissionstheorie an die Theorie der Fruchtperception (S. 153). Auch wir schreiben den angeführten allgemeinen Aussprüchen keine entscheidende Bedeutung zu. Nur neben andern wirklich entscheidenden Beweisen (vgl. oben und unten im Text) kommen sie auch als Nebenbestätigung unserer Ansicht in Betracht.

Für die Heerdenfrüchte erklärt sich Bendixen S. 14 (Anm. 12) und fg., ohne freilich genügenden Beweis für seine Ansicht und gegen die herrschende Lehre zu liefern. Als entscheidende Argumente betrachtet er das Wort fructus in der l. 69 D. de usu fr. 7, 1 und den Umstand, dass die Quellen die Heerde sehr entschieden als eine universitas bezeichnen. Beide verschlagen sehr wenig gegen die herrschende Lehre. Das zweite Argument ist falsch, weil man aus der gebrauchten Praemisse auch zum einheitlichen Besitz und Eigenthum an der Heerde gelangen würde. Czyhlarz schliesst die abgestorbenen und durch Substitution ersetzten Bäume aus der Reihe der Früchte aus (S. 441). In Bezug auf die capita demortua und inutilia bei einer Heerde bemerkt er dagegen: „Zwar sind diese nicht fructus des Einzelthieres (l. 30 D. quib. m. usuf. 7, 4), aber doch nach der Substituirung bezw. Completirung der Heerde fructus der Heerde, ne ea res lucro domini cedat (l. 69 D. eod.).“

Verkehr in Verwirrung zu bringen. Wenn das Civilrecht in diesen oder anderen Instituten für Einkommen oder Kapital etwas anderes erklärt hätte, als was im gemeinen Wirthschaftsleben und Verkehr als Einkommen oder Kapital betrachtet wird, entstünde daraus eine grosse Unsicherheit des Verkehrs, eine Schädigung der Leute, welche nach ihrem Rechtsgefühl ihre Pflichten und Rechte ausüben, ohne im corpus iuris nachzuschlagen. Die Quellen betrachten auch nicht die Summissionswirthschaft als eine dem Niessbrauch eigenthümliche Erscheinung. Im Gegentheil wird dieselbe zum Recht und zur Pflicht des Niessbrauchers aus dem allgemeinen Grunde gemacht, weil jeder ordentliche paterfamilias ebenso handelt:

Sed si gregis usum fructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructuarius summittere debet, ut et Juliano visum est, et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. recte enim colere debet et quasi bonus pater familias uti debet (§ 38 J. de rer. div. 2, 1).

Daraus kann man direct folgern, dass jeder Inhaber eines fremden (oder zu leistenden) Grundstückes oder einer fremden Heerde Vieh, insofern er wie ein ordentlicher Wirth sich zu verhalten hat (recte colere), Summissionspflichten, wie der Niessbraucher, erfüllen muss.

Auf Grund dieser allgemeinen Erwägungen schreiben wir der Thatsache keine grosse Bedeutung zu, dass die Quellen auch bei einigen anderen Instituten der Summission oder ihrer Bedeutung erwähnen. Auch ohne diese Bestätigung würden wir der Summissionslehre eine universale Bedeutung zuschreiben. Andrerseits halten wir die Erscheinung für belanglos, dass für gewisse Rechtsverhältnisse keine Erwähnung der Summission in unseren Quellen zu finden ist. Man könnte auch nicht erwarten, dass ein Gesetzbuch bei jedem Rechtsverhältniss die Bestimmung wiederholte, was Frucht und was Kapital ist, und wie das Kapital bewirthschaftet werden soll.

Ueber die Summission bei anderen Rechtsverhältnissen ausser dem Niessbrauch können wir folgende Stellen anführen:

Equis per fideicommissum legatis post moram heredis fetus quoque debentur. equitio autem legato etiamsi mora non intercedat, incremento gregis fetus accedunt (l. 39 D. de usur. 22, 1).

[Equis per fideicommissum relictis post mo]ram fetus quoque praestabitur [ut fructus]; sed fetus [secundus ut causa, sicut partus mulieris] . . . si gregem reliquit, vel morae actio . . . relictum sequatur (Vat. fr. 65 vgl. l. 8 D. de usur. 22, 1).

Die letzte Stelle ist uns in einem zu verstümmelten Zustande überliefert, als dass wir daraus sichere Schlüsse ziehen könnten. So viel ist jedenfalls sicher, dass dort für die Beurtheilung des fetus von Bedeutung ist, ob einzelne Thiere oder eine Heerde Gegenstand des Legates bilden. Bei einem legatum gregis ist danach gewiss der fetus secundus aus dem Grunde anders als bei einzelnen Thieren zu beurtheilen, weil die summittirten Thierjungen Kapital werden und darum ihre Jungen als Früchte zu betrachten sind.[1]

Eine klare und sichere Entscheidung über die fructus gregis bei den Vermächtnissen finden wir in der l. 60 § 4 D. ad sctum Treb. 36, 1:

Hereditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatus ancillarum partus non retinebit nec fetus pecorum, qui summissi gregem retinent.

Danach gehören die fetus summissi nicht zu den Früchten der Heerde. Andrerseits können wir die Entscheidung mit Sicherheit dahin vervollständigen, dass die abgegangenen und ersetzten Stücke dem Vermächtnissschuldner als reditus verbleiben.

Für die Dotalverhältnisse ist die Bedeutung der Summission in der l. 10 § 3 D. de i. d. 23, 3 bestätigt:

Sed fetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat et summissis in locum mortuorum capitum ex adgnatis residuum in fructum maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertineat.

Danach hat der Mann in fructum nur das residuum ex adgnatis nach der Ergänzung des Kapitals. Selbstverständlich gehören dahin auch die abgegangenen Stücke, weil der Mann durch die Restitution der Heerde nach Auflösung der Ehe im ursprünglichen Zustande seinen Pflichten vollkommen genügt.

Auf die Pacht bezieht sich die l. 45 § 13 D. de iur. fisc. 49, 14:

Conductor ex fundo fiscali nihil transferre potest nec cupressi materiam vendere vel olivae non substitutis aliis ceterasque arbores

1) Vgl. die Restitutionsversuche bei Mommsen, Anm. zur l. 8 D. de usur. in der Pandektenausgabe, und Huschke, Jurispr. anteiust. Vat. fr. 65.

pomiferas caedere: et facta eius rei aestimatione in quadruplum convenitur.

Die Strafe des quadruplum, welche auf die Abschaffung der cupressi, olivae ceteraeque arbores pomiferae ohne gehörige Substitution gesetzt ist, bezieht sich natürlich nur auf die Pacht der Fiscalgrundstücke. Daraus aber, dass bei den Fiscalgrundstücken die Gewinnung des Holzes aus dem Obstgarten durch die gehörige Substitution erlaubt ist, folgt dasselbe auch für die Privatpacht.[1]

Die Bedeutung der Substitution beim Pfandrecht an einer Heerde folgt aus der l. 13 pr. D. de pign. 20, 1. Indessen können wir dies näher erst in einem anderen Zusammenhang begründen. In Rücksicht auf das oben Gesagte ist es auch nicht besonders wichtig, bei welchen Instituten die Quellen der Substitution erwähnen und bei welchen nicht.

Die Pflichten des bonus pater familias, welcher eine Heerde, einen Obstgarten etc. zu bewirthschaften hat, bleiben überall dieselben. Die Unterlassung der Substitution muss überall als eine Unordentlichkeit, als eine schlechte Wirthschaft bezeichnet werden.

Wir brauchen nicht auszuführen, dass jede Construction des Institutes der Summission, welche von dem für dieses Institut zu engen Gesichtspunkt der Niessbrauchslehre ausgeht, sich in den angeführten Fällen als ungenügend und unzutreffend erweist. Dagegen passt unsere Construction auf alle möglichen Anwendungsfälle der Summission vortrefflich. Wenn wir z. B. die oben dargestellten Grundsätze auf die Dotalverhältnisse anwenden, so nehmen sie folgende Gestalt an:

1. So lange die Heerde vollzählig bleibt, sind keine Thierjungen dotal, weil sie fructus dotis sind.

2. Wenn Lücken vorhanden sind, so entsteht für die Thierjungen, bis sie summittirt werden, ein Schwebezustand zwischen Dotal- (Kapital-) und Fruchtqualität u. s. w.

Die Regeln sind leicht auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse anzuwenden. Z. B. in Bezug auf die Rechte und Pflichten des Vormundes ist zu entscheiden: da dem Vormund im allgemeinen die Disposition über das Kapital des Mündels nicht zusteht, so darf er die geworfenen Thierjungen ohne obrigkeitliche Erlaubniss nicht verkaufen, wenn die Lücken in der Heerde noch nicht ergänzt sind. Nach der Ergänzung der Heerde kann er dagegen ebenso die capita inutilia wie die überflüssigen Thierjungen ohne Decret verkaufen, weil sie zum Kapital nicht gehören. Da der Vormund als Consumptionsfond für den Lebensunterhalt des Mündels nicht das Kapital, sondern die Einkünfte ceteris paribus behandeln soll, so wird das Fleisch für die Bedürfnisse des Mündels durch das Schlachten der capita inutilia und der überflüssigen Thierjungen geliefert.

[1] Die Parteien können natürlich jede Holzgewinnung ausschliessen und die Pacht nur auf den Acker erstrecken; dies hat für unsere Frage keine Bedeutung.

Der Verkäufer der Heerde, als eines Ganzen (l. 35 § 6 D. de contr. empt. 18, 1), der Pächter etc. sind im Falle der schuldhaften Unterlassung der Substitution für den Schaden verantwortlich u. s. w. Der Pächter gewinnt die capita inutilia und die nicht summittirten Thierjungen als Früchte. Der Verkäufer muss von den in die Heerde substituirten Thieren als vom Kapital die Früchte leisten. Von den ersetzten capita inutilia und dem fetus superfluus leistet er keine Früchte, weil sie kein Kapital, sondern fructus sind, u. s. w.

Sind auch bei der rei vindicatio die Grundsätze der Substitution zu berücksichtigen? Gewiss, warum nicht? Was zunächst die Vindication derjenigen Gesammtkapitalien anbetrifft, welche vom Standpunkt der Eigenthumsobjecte eine einheitliche Sache bilden, wie eines Grundstückes mit einem Obstgarten, so können hier keine Bedenken, auch nicht vom formalistisch-constructiven Standpunkt entstehen. Demjenigen Besitzer (malae fidei), welcher den fremden Obstgarten schlecht bewirthschaftet hat, trifft der Vorwurf der culpa, und er muss die durch seine Schuld entstandene Verschlechterung des Gartens ersetzen. Wenn er substituirt hat, so ist alles in der Ordnung, und der Holzgewinn wird bei der Berechnung der Früchte in Betracht gezogen. Der bonae fidei possessor erwirbt bei der gehörigen Substitution Eigenthum an den ersetzten Stämmen. Wenn er nicht substituirt, so erwirbt er das Eigenthum an den weggenommenen Bäumen nicht. Im Uebrigen trifft ihn keine Verantwortlichkeit wegen der culpa, weil diese während der bona fides undenkbar ist. Die Schwierigkeiten scheinen nur bei den universitates rerum distantium zu entstehen. Wie kann von den Früchten einer Heerde bei dem Besitzer einer solchen die Rede sein, wenn nur einzelne Thiere den eigentlichen Gegenstand des Besitzes ausmachen können? Indessen wäre es u. E. unvorsichtig und wissenschaftlich unbegründet aus dem Satze, dass bei einer Heerde als

Objecte des Besitzes die einzelnen Stücke in Betracht kommen, den Satz zu folgern, dass bei der vindicatio gregis auch die Früchte nicht nach den allgemeinen Regeln über die Bewirthschaftung des Gesammtkapitals, sondern nach den Regeln über die einzelnen Sachen zu berechnen seien. Beide Sätze stehen in keinem zwingenden Zusammenhang (vgl. oben S. 110). Dass das Eigenthum und der Besitz an jedem einzelnen Stück besonders erworben und nach seinem Erwerbsgrund (causa) besonders beurtheilt wird und geltend gemacht werden kann, ist eine nothwendige Regel, weil man sonst durch die Einstellung fremder Stücke in seine Heerde alle Fehler des Erwerbes willkürlich beseitigen könnte, z. B. man könnte ein gestohlenes oder ungültig gekauftes Schaf durch die Einstellung in seine gültig gekaufte Heerde aus einer ovis clam oder sine iusta causa possessa in eine ovis propria ex empto possessa verwandeln; dagegen sprechen die Worte: nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt (l. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3). Daraus aber, dass das Eigenthum und der Besitz bei jedem einzelnen Stück sein eigenes Geburtszeugniss und seine eigene Biographie hat, ist noch keineswegs zu folgern, dass auch die Regeln der Bewirthschaftung einer Heerde vom Civilrecht willkürlich negirt werden können. Trotz der besonderen Biographie des Eigenthumes und des Besitzes bei jedem Stück kennt das römische Recht doch eine vindicatio gregis. Dies ist gewiss nicht nur eine abgekürzte Bezeichnung für die cumulirte Klage wegen der einzelnen Thiere, denn sonst würden die römischen Juristen nicht so sorgfältig die Fälle, wann eine vindicatio gregis stattfindet, feststellen (vgl. l. 1 § 3 l. 2 l. 3 pr. l. 23 § 5 D. de R. V. 6, 1; l. 21 § 1 D. de exc. rei iud. 44, 2). Wir können hier die ganze Menge von Hypothesen in Bezug auf die Bedeutung dieser Erscheinung nicht anführen und kritisiren.[1] Die Lösung des Räthsels liegt u. E. namentlich darin, dass die vindicatio gregis zu dem Zweck gewährt wurde, damit man die Bewirthschaftung der Heerde (culpa, fructus) seitens des Besitzers nach vernünftigen Grundsätzen beurtheilen könne. Dass das Eigenthum an jedem Stück nach seiner besonderen causa beurtheilt wird, äussert sich dabei darin,

1) Die Literatur vgl. bei Windscheid I § 137 Anm. 5; Dernburg I § 68 N. 6.

dass die fremden Stücke nicht restituirt werden. Die übrige Heerde aber (nach Ausschluss der dem Vindicanten nicht gehörenden Stücke) musste vor dem Prozessbeginn und muss weiter nach demselben als solche, d. h. als ein Kapital besonderer Art, bewirthschaftet werden. Wenn man anerkennt, dass der Besitzer vor dem Prozessbeginn und nach demselben wie ein bonus pater familias zu handeln hat, so muss man auch anerkennen, dass er eine zu prästirende culpa begeht, wenn er die Substitution unterlässt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der malae fidei possessor besser gestellt werden sollte, als der Niessbraucher, der Ehemann, der Pächter, der Vermächtnissschuldner etc. Die Regeln über das recte colere und die diligentia boni patris familias sind ja überall dieselben. Die Substitution ist ja nichts mehr als eine Pflicht jedes ordentlichen Wirthes bei einer Heerde.

Wenn wir die Berücksichtigung der Substitution bei der vindicatio gregis im allgemeinen anerkennen, so ergiebt sich die Construction der Einzelheiten von selbst: die substituirten Thierjungen gehören zum Heerdenkapital und müssen als solche beurtheilt werden; daher sind ihre Jungen nicht secundus fetus (fructus fructuum), sondern eben fructus rei (oder, wenn sie gleichfalls substituirt werden, pecudes in grege). Die ersetzten capita demortua und inutilia sind dagegen fructus. Daher werden die Früchte davon nicht prästirt. Wenn die ausgeschiedenen capita inutilia durch die jungen Thiere nicht ersetzt sind, so bilden sie das Kapital, und die Früchte davon müssen dem Eigenthümer restituirt werden. Im Falle der bonae fidei possessio gregis existirt für den Besitzer natürlich keine Substitutions**pflicht**; wenn der nichtwissende Besitzer thatsächlich substituirt hat, so gehören die capita inutilia und demortua ihm zu Eigenthum; wenn sie consumirt sind, bilden sie sein lucrum; wenn sie zu den fructus extantes gehören, so ist der Besitzer dieselben zu restituiren obligatorisch verpflichtet. Die in die Heerde eingestellten Thierjungen gehören zum Heerdekapital. Wenn Lücken in der Heerde nicht vorhanden sind, so erwirbt der b. f. possessor das Eigenthum an allen geworfenen Thierjungen. Im entgegengesetzten Fall entsteht bis zur Entscheidung über die Substitution ein Schwebezustand des Eigenthums wie bei dem Niessbrauch, weil es ungewiss ist, welche Thierjungen Frucht, welche Kapital sind.

Aus dem Obigen folgt, dass die vindicatio gregis auch dann möglich ist, wenn die Heerde durch die Substitution völlig erneuert

ist, so dass von den ursprünglichen Thieren kein einziges mehr da ist; denn die gehörig bewirthschaftete Heerde bleibt immer mit sich identisch; darum bemerkt Pomponius (indem er die Nothwendigkeit der Legitimation des Besitzes und des Eigenthumes und ihrer causae bei jedem einzelnen Stück betont), dass die Heerde doch „adiectionibus corporum maneat“ (l. 30 § 2 D. de usurp. cit.), was auch in den anderen Fragmenten über die Heerde betont wird. Die beiden Sätze können sehr friedlich mit einander leben. Im Falle der Erneuerung der Heerde durch die Substitution bleibt die vindicatio eiusdem gregis; der Eigenthümer wird aber an den einzelnen substituirten Thieren sein Eigenthum besonders nachzuweisen haben. Wenn in der Heerde ein vom Besitzer als depositum angenommenes Thier sich befindet, wird es nicht restituirt; das Thier, welches in die Heerde durch die Substitution eingestellt ist, wenn dies vom Eigenthümer nachgewiesen ist, muss restituirt werden. In Bezug auf die ursprünglichen Thiere wird der Eigenthümer sein Eigenthum ex causa empti, donationis, dotis etc. also oft durch die probatio diabolica darthun; in Bezug auf die in Folge der Substitution in der Heerde befindlichen Thiere, wird er den wohlthätigen Titel pro suo geltend machen, wenn das Eigenthum an der Mutter schon nachgewiesen ist.

Dies alles ist in den Quellen nicht ausdrücklich hervorgehoben. Daher erwarten wir mit Sicherheit, dass man unsere Theorie bestreiten wird. Dazu ist aber zu bemerken: Um diese Theorie zu widerlegen, darf man sich nicht einfach mit der Bemerkung begnügen, dass die Quellen keine specielle Bestätigung liefern. Im Gegentheil fällt das wissenschaftliche onus probandi in dieser Hinsicht nicht uns, sondern unsern Gegnern zu. Sie müssen einen positiven Beweis erbringen, dass unsere Theorie fehlerhaft ist. Wir haben unserer wissenschaftlichen Beweispflicht schon genügt, indem wir nachgewiesen haben, dass die Substitution keine dem Niessbrauch eigenthümliche Erscheinung ist, sondern, als Ausfluss der allgemeinen und abstracten diligentia boni patris familias, die Regeln der guten Wirthschaft und der Unterscheidung zwischen Kapital und Frucht enthält. Wir haben für unsere Theorie also eine feste allgemeine Grundlage geschaffen. Wir behaupten nichts mehr, als dass dem Besitzer dieselbe diligentia boni patris familias in Bezug auf die Heerde obliegt, wie dem Pächter, dem Fideicommissschuldner etc., als dass zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer als Frucht dasselbe erscheint, was als Frucht zwischen

dem Niessbraucher und Proprietar, zwischen dem Ehemann und der Frau etc. gilt. In Bezug auf den bonae fidei possessor erinnern wir noch an die bekannte Erscheinung, dass sein Eigenthumserwerb an den Früchten mit demjenigen des Niessbrauchers in den Quellen zusammengestellt wird. Unsere Gegner dagegen müssten lauter singuläre Sätze, lauter Ausnahmen aufstellen. Die Bedeutung der Substitution bei der Vindication eines Obstgartens wird man wohl nicht bestreiten. Man muss also den singulären Satz aufstellen, dass der Besitzer einer Heerde in Bezug auf die Substitution anders behandelt wird, als der Besitzer eines Gesammtkapitals anderer Art. Dagegen spricht der § 38 J. de rer. div. 2, 1, wo die substitutiones fetus und vinearum gleichgestellt werden; ferner muss man nachweisen, dass der Inhalt des Fruchtbegriffes und der Inhalt der Diligenzpflicht in Bezug auf den Besitzer anderen Sinn haben, als sonst. Wir glauben nicht, dass dieser Nachweis der Existenz von Ausnahmeregeln gelingen könnte. Die Hauptschwierigkeit aber, welche unseren Gegnern im Wege steht, besteht in Folgendem: Mit der Behauptung, dass die Heerde in Bezug auf die wirthschaftlichen Pflichten und den Einkommengewinn bei dem Eigenthumsanspruch nicht als eine Heerde rechtlich behandelt werde, würde man einen schweren und unwahrscheinlichen Vorwurf gegen die römischen Juristen und gegen das von ihnen geschaffene Recht aussprechen. Was kann man von einem Civilrecht sagen, welches die als vernünftig und nützlich anerkannten Wirthschaftsregeln von irgend welchem doctrinären Standpunkt aus zu negiren versuchte! Kann das Civilrecht befehlen, dass das Getreide bei gewissen Rechtsverhältnissen nicht in der üblichen Zeit, sondern einen Monat später gesäet oder geerntet werde? Eine ebenso unvernünftige Vergewaltigung der ordentlichen Wirthschaft würde die Nichtanerkennung der Substitution und ihrer Folgen im Falle des Eigenthumsanspruches enthalten. Die Nichtanerkennung der Substitution würde für den Besitzer die Motive, ordentliche Wirthschaft zu führen, beseitigen und zugleich dieselbe unmöglich machen. Die volle Tragweite dieses Satzes wird besonders klar aus dem § 14 erhellen, wo wir nachweisen, dass der Verkauf und der Verbrauch der Früchte und der Kapitalsachen nach grundverschiedenen Regeln behandelt wird. Dann werden wir uns überzeugen, dass die gegnerische Meinung die Verwandlung der Heerde, des Gestütes, des lebendigen Inventars in eine Anzahl abgestandener und untauglicher Thiere herbeiführt und ebenso die Interessen des

Eigenthümers schädigt, wie dem Besitzer Verlegenheit bereitet, indem sie ihm eine wirthschaftlich absurde Handlungsweise aufzwingt. Im Falle der bonae fidei possessio würde zwar die gegnerische Meinung während der Dauer der bona fides keinen Schaden anrichten. Denn der nichtwissende Besitzer hält die Heerde für seine eigene, er hat also glücklicherweise keine Ahnung davon, dass er die vernünftige Wirthschaft nicht zu führen braucht, und dass die gute Wirthschaft ihm nur Schaden anrichten kann. Er wird also das Gestüte, das lebendige Inventar als solche bewirthschaften; er wird jeden Herbst eine Anzahl von capita inutilia verkaufen und durch die jungen Thiere ersetzen. Jetzt aber kommt die Ueberraschung. Es erweist sich (auf Grund der von uns bekämpften Meinung), dass die capita inutilia ungültig verkauft wurden. Der Eigenthümer beginnt die aus dem Gestüte verkauften Pferde herumzuvindiciren. Wenn der nichtwissende Besitzer die zum Verkauf reifen, dressirten Pferde aus dem Gestüte vielen Nachbarn einzeln verkauft hat, so wird die ganze Gegend durch die Vindicationen des Eigenthümers und die Regresse der Nachbarn gegen den bisherigen bonae fidei possessor in Aufruhr versetzt.

Nach unserer Theorie bleiben die Käufer ganz unbehelligt. Denn die aus dem Gestüte verkauften und durch die Fohlen ersetzten Pferde sind als Früchte vom b. f. possessor gültig verkauft. Die Interessen des Eigenthümers des Gestütes werden ebenso gewahrt, wie bei andern Sachen. Er bekommt sein Kapital im erneuerten, befriedigenden Zustande und ausserdem die ausgeschiedenen und ersetzten, aber noch nicht verkauften Stücke als fructus extantes zurück. Die Regresse sind nur in dem Falle möglich, wenn der Besitzer die Pferde aus dem Gestüte verkauft, ohne für den Ersatz zu sorgen, d. h. nur bei denjenigen Besitzern, welche ausnahmsweise als Verschwender und schlechte Wirthe handeln, ohne dem Postulat der Erhaltung des Kapitals und der Sorge für die zukünftige Wiederkehr des Einkommens zu folgen. Jedenfalls kann nach unserem Princip ein ordentlicher Mann ohne seine Schuld durch die unvorhergesehenen Regresse nicht ruinirt werden.

Derjenige, welcher glaubt, dass das Civilrecht nicht socialwirthschaftliche Desorganisation und unerwartete Gefahren den ordentlichen Leuten bereiten, sondern im Gegentheil die ordentliche Wirthschaft ermuthigen und sanctioniren will, und dass die römischen Juristen nicht mit theoretischen Spitzfindigkeiten Spiel getrieben,

sondern mit Ernst und Einsicht um die Befriedigung der Bedürfnisse des Verkehrs und des Volkslebens gesorgt haben, der wird sich sicher auf die Seite der von uns vertheidigten Theorie stellen.

§ 9. c) Bedeutung des wirthschaftlichen Masses der Nutzung für den Fruchtbegriff.

Die herrschende Lehre geht dahin, dass für den Begriff der Frucht die Mass-Ueberschreitung bei der Ausbeutung des Kapitals keine Bedeutung hat. Insbesondere erwirbt z. B. der Fruchtberechtigte alle Bäume, welche er in einem zur Holzgewinnung bestimmten Forst fällt, unabhängig davon, ob er das Mass der forstmässig zulässigen Nutzung überschritten hat oder nicht; denn die Bäume sind Früchte des zur Holzgewinnung bestimmten Grundstückes. Dagegen erwirbt er keine Bäume, welche er in einem Obstgarten, in einer silva pascua fällt, weil die wirthschaftliche Bestimmung der silva pascua nicht in der Holzgewinnung besteht.[1] Diese Ansicht über die Unabhängigkeit des Fruchtbegriffes von der Innehaltung wirthschaftlicher Grenzen bei der Ausbeutung des Kapitals wird auch durch den Entwurf vertreten und zwar nicht nur in der gesetzlichen Begriffsbestimmung der Früchte (danach sind die Erzeugnisse einer Sache immer Früchte § 792), sondern auch bei der praktischen Anwendung des Fruchtbegriffes auf den Eigenthumserwerb der Fruchtberechtigten. So heisst es im § 988:

„Werden von der belasteten Sache solche Früchte getrennt, welche ein ordentlicher Hausvater nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft nicht getrennt haben würde, oder solche Früchte, deren Ziehung, obschon die Trennung durch einen besonderen Umstand nöthig geworden, das Mass der wirthschaftlichen Nutzung der Sache an sich übersteigt, so wird der Niessbraucher Eigenthümer auch dieser Früchte; er ist jedoch verpflichtet, den Werth“ u. s. w.

Diese Ansicht ist eine der Consequenzen aus der herrschenden Fruchtlehre, welche in dem Begriff der Frucht nicht das subjective Verhältniss eines Gutes zu einem Menschen, sondern eine in der objectiven Welt der Sachen unterscheidbare Erscheinung sieht.

Die obige Darstellung des Umfanges des Fruchtbegriffes hat schon implicite erwiesen, dass das wirthschaftliche Mass der Aus-

1) Wesentlich dieselbe Ansicht vertritt auch Czyhlarz (S. 440 fg.), obgleich er die Theorie der organischen Erzeugnisse verlassen hat. Ebenso Hölder cit.

beutung des Kapitals für das Fruchtverhältniss des Gewonnenen von entscheidender Bedeutung ist. Indessen, da die Frage praktisch und theoretisch ausserordentlich wichtig ist, so glauben wir derselben eine besondere Besprechung widmen zu müssen, obgleich dabei zum Theil die schon aufgestellten Sätze und ihre Consequenzen wiederholt werden müssen.

I. Die Frage nach der Bedeutung des wirthschaftlichen Masses für den Fruchtbegriff entsteht nicht bei denjenigen Erträgnissen, welche nach den Regeln der ordentlichen Wirthschaft periodisch vom Kapital ganz abgetrennt werden können. So wird das Heu, Getreide, Obst, Wolle, Schneideholz (silva caedua im technischen Sinne) am Ende der Fruchtperiode gänzlich wegrasirt. Einzelne Individuen oder Stücke überdauern nicht die Einkommensperiode. Diese Erträgnisse können sämmtlich schon vor der Trennung als Früchte bezeichnet werden, indem dasjenige, was die Einkommensperiode nicht überdauert, zum Kapital nicht gehört. Hier zieht die herrschende objective Theorie der Früchte keine schädlichen Consequenzen nach sich, weil die Früchte vom Kapital in gewissem Sinne objectiv unterscheidbar sind. Uebrigens müssen wir, um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, den Vorbehalt machen, dass auch bei den erwähnten Erträgnissen für den Begriff der Frucht nicht die objective Beschaffenheit der Producte, sondern das subjective Verhältniss des Wirthes zu denselben für die Wirthschaftslehre und für das Civilrecht entscheidend ist. Wenn wir sagen, dass gewisse Erträgnisse objectiv als Früchte unterscheidbar sind, so geschieht es darum, weil wir voraussetzen, dass jemand sich zu der Hauptsache im Kapitalverhältniss befindet, d. h. dieselbe thatsächlich oder rechtmässig als Erwerbsmittel inne hat. Das Heu, das Getreide, die Thierjungen der einzelnen Thiere sind nur in dem Sinne objectiv als Früchte unterscheidbar, dass sie in der Wirthschaft und im Civilrecht immer als Früchte dem gegenüber betrachtet werden, welchem gegenüber die Hauptsache als Kapital gilt. Das Kapitalverhältniss der Wiese zieht das Fruchtverhältniss des Heus nach sich. Wenn aber die Wiese sich zu keinem Menschen im Kapitalverhältniss befindet, dann wird auf das Heu kein einziger Satz des Fruchtrechtes angewendet. Wenn das Grundstück eine res nullius ist und Jemand dahinkommt und die Nüsse, die Pflaumen und dergl. sammelt, so geschieht eine gewöhnliche Occupation der res nullius, nicht aber eine Fruchtperception. Und nicht nur der Eigenthumserwerb an Gras, Obst etc.

auf einem fundus nullius ist nicht nach den Regeln der Fruchtperception zu beurtheilen, sondern auch der Besitzerwerb. Die Abschwächung der Erfordernisse des Besitzerwerbes bei der Fruchtperception hätte hier keinen Sinn. Die Einkünfte, welche Jemand durch die Occupation der Erträgnisse einer res nullius bezieht, sind keine Früchte, sondern seine persönlichen Einkünfte (quaestus), sie sind nicht ex re, sondern ex operis erworben. Dass der Ertrag einer Sache, welche sich zu einer Person im Kapitalverhältniss befindet, dritten Personen gegenüber (z. B. im Verhältniss zum Dieb, zum Darlehnsnehmer etc.) nicht als Frucht behandelt wird, haben wir schon oben durch zahlreiche Beispiele gezeigt. Also nur im Sinne der Erkennbarkeit des subjectiven Fruchtverhältnisses zum Wirth sprechen wir von der objectiven Unterscheidbarkeit der erwähnten Früchte vom Kapital.

Diese objective Sicherheit des Fruchtverhältnisses wurde nun von römischen Juristen in manchen Beziehungen zur Aufstellung der praktischen Rechtssätze und zur Auslegung des Parteiwillens benutzt.

So wurde z. B. die receptio fructus bei dem Verkauf des Grundstückes dahin ausgelegt, dass der Verkäufer sich das Recht vorbehalten hat, diejenigen Erträgnisse selbst zu gewinnen, welche als Früchte der nächsten Fruchtperiode erkennbar sind:

Cum fundum quis vendiderat et omnem fructum receperat, et arundinem caeduam et silvam (zu lesen: et arundinem et silvam caeduam, Cujacius emend.) in fructu esse respondit (l. 40 § 4 D. de contr. empt. 18, 1).

Cum manu sata in venditione fundi excipiuntur, non quae in perpetuo sata sunt excipi viderentur, sed quae singulis annis seri solent, ita ut fructus eorum tollatur: nam aliter interpretantibus vites et arbores omnes exceptae videbuntur (l. 80 pr. D. eod.)

Aus der Erkennbarkeit der periodisch wiederkehrenden und in ganzer Masse wegzunehmenden Erträgnisse als Früchte folgerten die Römer ferner, dass sie auch dann als Früchte anzuerkennen sind, wenn sie nicht am Ende der Fruchtperiode, sondern früher (vor der maturitas) geerntet werden.

Silvam caeduam, etiamsi intempestive caesa sit, in fructu esse constat, sicut olea immatura lecta, item faenum immaturum caesum in fructu est (l. 48 § 1 D. de usu fr. 7, 1 von Paulus).[1]

1) Vgl. l. 27 §§ 25, 26, 27 D. ad l. Aquil. 9, 2; l. 7 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24.

Uebrigens scheint diese Meinung nicht allgemein anerkannt gewesen zu sein:

Javolenus libro quinto ex posterioribus Labeonis: In fructu id esse intellegitur, quod ad usum hominis inductum est: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit. itaque cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse (l. 42 D. de usu et usu fr. 33, 2).

Die Meinung von Paulus ist theoretisch und praktisch als bessere anzuerkennen. Dasjenige, was die Einkommensperiode nicht überdauern soll, gehört nicht zum Kapital, obgleich es zu früh in den Grenzen der Periode verwerthet wird. Derjenige, welcher unzeitig das Getreide erntet, mindert nur das Einkommen dieser Periode, gefährdet aber nicht die Wiederkehr der Einkünfte in den zukünftigen Perioden, d. h. er greift das Kapital nicht an.

Praktisch ist die Meinung von Paulus darum vorzuziehen, weil sie für die Sicherung der wichtigsten Interessen des Kapitalberechtigten (Erhaltung des Kapitals) genügend sorgt, ohne die wirthschaftliche Freiheit des Fruchtberechtigten unnöthigerweise einzuengen. Dass der Fruchtberechtigte in der letzten Fruchtperiode seines Rechtes doloser Weise die Ernte verfrühen wird, um seinen Nachfolger in der Nutzung zu schädigen, ist kaum zu befürchten, weil das zu früh abgenommene Getreide, Obst, Gemüse und dergl. einen verhältnissmässig zu geringen Werth hat: der Fruchtberechtigte hätte keine genügenden Motive, den viel höheren Schadenersatz zu riskiren.

II. Die Frage nach der Bedeutung des wirthschaftlichen Masses für den Fruchtbegriff entsteht bei denjenigen Erträgnissen, welche die Einkommensperioden überdauern, nicht aber mit denselben von Neuem erscheinen und verschwinden (quae in perpetuo sata sunt, l. 80 pr. cit.). Diese bilden an sich das Stammvermögen, das Kapital. Darum werden diese Gegenstände bei der Interpretation des Umfanges der fructus in venditione excepti, manu sata excepta, nicht als Früchte betrachtet. Sonst bekäme man das absurde Ergebniss, dass die receptio fructus das Kapital gänzlich verwüsten und entwerthen würde: nam aliter interpretantibus vites et arbores omnes exceptae videbuntur. Wenn solche Gegenstände als einzelne Stücke in Betracht kommen (ein Pferd im Stall, zwei Obstbäume neben dem Hause), so wird die durch ihre Verwerthung erzielte Einnahme (Fleisch, Haut, Verkaufspreis, Holz) immer als

das verwandelte Kapital angesehen (vgl. oben S. 83 fg.). Einkommen kann durch die Verwerthung solcher Gegenstände nur dann gewonnen werden, wenn das Kapital nicht einzelne Stücke, sondern eine Masse, eine wirthschaftliche Gesammtheit bildet (Heerde, Obstgarten, Forst). Die Einkommenqualität der periodisch auszuscheidenden Stücke ist namentlich durch das Mass der wirthschaftlichen Nutzung bestimmt, nämlich dadurch, dass nur so viele und solche Stücke ausgeschieden werden, dass das Kapital (in Folge der künstlichen Substitution oder des natürlichen Nachwuchses) von Jahr zu Jahr auf der gleichen Höhe bleibt. Vom wirthschaftlichen Standpunkt bedeutet also die Ueberschreitung des wirthschaftlichen Masses der Nutzung zweifellos nicht die Ziehung der Einkünfte, sondern die Verwandlung des Kapitals in eine andere Form oder in Nichts. Danach lässt sich also die von uns bekämpfte Lehre folgenderweise formuliren: Das Civilrecht behandelt bei Gesammtkapitalien als Früchte auch die ausgeschiedenen Kapitaltheile, insofern diese Kapitaltheile gewisse objective Merkmale besitzen. Diese letzte Beschränkung können wir aber streichen, denn sie ist ganz inhaltlos. Solche objective Merkmale nämlich, welche nach der herrschenden Lehre die Frucht von der Nichtfrucht bei Massenkapitalien unterscheiden sollen, giebt es weder im Wirthschaftleben, noch nach dem römischen Civilrecht. Ganz dieselben Gegenstände, welche in einem Jahre als Kapital verbleiben, werden nach einem, zwei oder zwanzig Jahren als Frucht verzehrt. Sowohl diejenigen Bäume oder Viehstücke, welche der Wirth als Kapital behält, wie diejenigen, welche er in derselben Einkommenperiode als Frucht ausscheidet, sind organische Erzeugnisse; sowohl die ersteren wie die letzteren wurden nicht gegen irgend welche wirthschaftliche Bestimmung auf die Welt gebracht. Dass die Theorie des Hauptzweckes der Anschaffung der Sache grundfalsch ist, haben wir gleichfalls gesehen. Wenn wir also den Vorbehalt über die objectiven Merkmale streichen, wird der Sinn der bekämpften Lehre nicht verändert, sondern nur ihre Formulirung gewinnt an Klarheit. Danach könnte also der Niessbraucher an einem Tage den ganzen Waldbestand gültig verkaufen, den Werth der ganzen Heerde sich aneignen u. s. w. Nur die einzeln dastehenden Bäume, z. B. die alte Eiche vor dem Hause, kann von ihm nicht gültig verkauft werden, weil das Civilrecht

mehr für die Integrität dieser Eiche sorgt, als des Forstes, welcher viele Tausende von solchen Eichen enthält (!).

Dass das römische Recht gegen derartige Verwüstung des Kapitals dem Beschädigten den dinglichen Schutz verleiht, kann sehr genau nachgewiesen werden. Richtig ist nur, dass das Civilrecht keine dinglichen Mittel hat, von dem Fruchtberechtigten die positiven Handlungen, welche für die Instandhaltung des Kapitals nöthig sind, zu erzwingen. Wenn der Niessbraucher keine Substitution vornimmt, so dass die Heerde sich allmählich in eine Anzahl abgestandener alter Thiere verwandelt oder ausstirbt, so dass der Obstgarten sich in eine Masse trockener Stämme oder unfruchtbarer alter Bäume umgestaltet, so kann natürlich gegen solche passive Wirthschaft dem beschädigten Proprietar nur obligatorischer Schutz gewährt werden.

Quid ergo si non faciat nec suppleat? teneri eum proprietario Gaius Cassius scribit libro decimo iuris civilis (l. 70 pr. D. de usu fr. 7, 1).

. . . ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit . . . (l. 13 § 2 eod.).

Ganz anders, wenn der Fruchtberechtigte eine active Raubwirthschaft führen, d. h. nach der Formulirung der bekämpften Theorie zu viel Früchte, nach genauer Formulirung nicht nur Früchte, sondern auch Kapitalstücke sich aneignen wollte. Die Ueberschreitung des wirthschaftlichen Masses der Nutzung kann nämlich in doppelter Weise geschehen:

1. Der Fruchtberechtigte könnte durch die Aneignung einer zu grossen Zahl der Exemplare das Kapital verwüsten. Dagegen hat der Proprietar einen sehr wirksamen dinglichen Schutz, weil das ausgeschiedene Stück dem Fruchtberechtigten nicht gehört, so lange als das Kapital Lücken aufweist. So gehören die arbores inutiles et demortuae, capita inutilia et demortua erst seit dem Augenblick der Substitution dem Niessbraucher. Das ist, wie wir gesehen haben, ausdrücklich durch die Quellen ausgesprochen. Nur für den Fall ist nicht das Gleiche ausdrücklich entschieden, wenn die Ergänzung des Kapitals auf natürlichem Wege, ohne besondere Substitutionshandlungen, geschieht. Indessen ist kein Grund ersichtlich, warum hier andere Grundsätze gelten sollten. Der Schluss von der Wirkung der künstlichen Substitution auf die natürliche ist u. E. absolut zwingend. Ausserdem haben wir aber eine indirecte und doch ganz sichere Bestätigung des Satzes in den Regeln über die Wirkungen des casus non rediens auf das Massenkapital. Die durch einen Orkan gestürzten Bäume fallen nicht in das Eigenthum des Fruchtberechtigten:

alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius (l. 12 pr. D. de usu fr. 7, 1, vgl. l. 7 § 12 s. m. 24, 3).

Daraus folgt aber a fortiori, dass, wenn die ausserordentliche Verwüstung durch die Willkür des Fruchtberechtigten geschah, für ihn keine besseren dinglichen Wirkungen eintreten.

2. Der Fruchtberechtigte könnte bei Erhaltung der ursprünglichen Zahl der Kapitalstücke, das Stammvermögen qualitativ verwüsten. Z. B. er könnte eine Heerde werthvoller Pferde mit einem Male in eine werthlose Heerde von Fohlen, einen 40jährigen Wald in eine mit einjährigen Bäumchen bedeckte Strecke verwandeln. Was den Niessbrauch speciell anbetrifft, so wäre ein solcher Fall folgendermassen zu construiren: durch die Willkür des Niessbrauchers geschah eine wesentliche Veränderung im Kapital. Der Niessbrauch hört auf und der Proprietar fordert die Reste des wesentlich veränderten Kapitals zurück; zu den Resten des wesentlich veränderten Waldgrundstücks gehören aber nicht nur der Boden, sondern auch die gefällten Bäume; zu den Resten der wesentlich veränderten Heerde gehören die ausverkauften oder geschlachteten Thiere u. s. w. (Ausser dem Eigenthum an Resten des Kapitals gebührt dem Proprietar natürlich noch der Schadenersatzanspruch). Die qualitative Ueberschreitung des wirthschaftlichen Masses bei der Nutzung findet also beim Niessbrauch eine doppelte dingliche Schranke. Nicht nur erwirbt der Niessbraucher kein Eigenthum an ausgeschiedenen Stücken, sondern er verliert sogar sein Niessbrauchsrecht im Falle der wesentlichen Veränderung des Kapitals.

Die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre kann aber auch durch andere mehr allgemeine Erwägungen nachgewiesen werden. Ausser den capita demortua, arbores demortuae kann der Fruchtberechtigte sich capita inutilia, arbores inutiles durch die Substitution aneignen. Unter den unnützen Exemplaren sind, wie oben gezeigt, diejenigen zu verstehen, welche nach den Regeln der ordentlichen Wirthschaft ohne Verschlechterung des Kapitals entfernt werden können. Die Frage lautet nun: wenn ein caput gregi utile, arbores, vites utiles ausgeschieden werden, wird der Kapitalberechtigte nur auf den Schadenersatzanspruch angewiesen, oder geniesst er auch

den dinglichen Schutz, d. h. behält er das Eigenthum am ausgeschiedenen Stücke? Aus der l. 69 D. de usu fr. folgt zweifellos, dass der Fruchtberechtigte an dem ausgeschiedenen caput gregi utile kein Eigenthum erwirbt. Keinen anderen Sinn haben auch diejenigen Stellen, welche die Bäume einer silva palaris, arbores caeduae, gremiales als Früchte bezeichnen und dem Fruchtberechtigten zu fällen erlauben, dagegen z. B. abores frugiferas oder die Bäume in einem Parke davon ausschliessen.[1] Dass auch ein Obstgarten, ein Weinberg, ein Park Früchte an Holz (als Nebengewinn) gewähren, haben wir schon bei der Lehre von der Substitution gesehen. Der Niessbraucher ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, diejenigen Bäume im Obstgarten, welche inutiles, z. B. für die Obsterzeugung zu alt, oder verkrüppelt, krank werden oder austrocknen, zu entfernen und durch junge Bäume zu ersetzen. Die Stellen also, welche die eine Art gefällter Bäume dem Niessbraucher zuschreiben, andere Arten ihm zu fällen verbieten, haben keine unbedingte Bedeutung, sondern sie sprechen eben die von uns vertheidigte Bedingung des Fruchtverhältnisses aus, nach welcher nur die im Sinne der Erhaltung des Kapitals entbehrlichen Exemplare als Früchte entfernt werden dürfen. Die Bäume aber, welche bei einer silva palaris nach den Regeln der guten Wirthschaft entfernt werden können, müssen in einem Park weiter stehen bleiben. Bei der silva palaris (ein Wald von Stangenholz, Holz zu Pfählen) können die zehnjährigen Bäume gefällt werden; aus der Baumschule (l. 9 § 6 D. de usu fr. 7, 1) werden die 2- oder 3jährigen Bäume als inutiles entfernt. Bei einem Obstgarten kann dagegen auch ein 20jähriger Baum als utilis erscheinen; im Park lässt man auch die hundertjährigen Bäume als utiles weiter stehen, wenn sie noch stattlich aussehen. Wenn also die Quellen dem Fruchtberechtigten die Bäume in einer silva palaris zu fällen erlauben, dagegen die Bäume im Parke zu fällen verbieten, so hat das nur den Sinn, dass bei einem Park andere Bedingungen der inutilitas als bei einer silva palaris gelten. In einer silva palaris kann fast jedes Exemplar als inutilis entfernt werden (hier ist mehr der modus utendi, d. h. die Quantität der entfernten Stämme, als die qualitas utendi von Bedeutung; vgl. l. 9 § 7 D. de usu fr.); bei einem Park oder Obstgarten giebt es da-

1) l. 7 § 12 D. s. m. 24, 3; l. 13 § 4 D. de usu fr. 7, 1; l. 9 § 7 eod.

gegen jährlich vielleicht ein, zwei oder fünf solcher Bäume, deren Entfernung das Kapital nicht verdirbt.

Wenn also die herrschende Lehre aus den Aussprüchen: Fructuarius . . . non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere etc. den Satz folgert, dass der Niessbraucher an den gefällten Bäumen des nicht zur Holzgewinnung bestimmten Baumcomplexes das Eigenthum nicht erwirbt, so können wir diese Lehre durch die Beseitigung desjenigen, was in ihr falsch ist, in unsere Lehre verwandeln. Wir stellen nämlich den angeführten Ausspruch mit dem Satz zusammen: Conductor . . . nihil transferre potest nec cupressi materiam vendere vel olivae non substitutis aliis ceterasque arbores pomiferas caedere (vgl. oben S. 117). Daraus folgern wir, dass das Verbot, aus dem Obstgarten das Holz zu gewinnen, genauer nur das Verbot der Ueberschreitung des nach den Regeln der ordentlichen Wirthschaft gebotenen Masses bedeutet; das Verbot, die Fruchtbäume sich anzueignen, ist darum in der l. 13 § 4 D. de usu fr. und anderen Stellen ganz allgemein ausgesprochen, weil das Mass der Holzgewinnung bei einem Obstgarten so eng ist, dass man an den geringen Gewinn innerhalb der engen Grenzen gewöhnlich gar nicht denkt; man vergisst einfach die Holzgewinnung bei einem Obstgarten zu erwähnen, weil man von diesem sehr wenig Holz gewinnt. Auch in der angeführten Stelle über den Pächter heisst es: neque . . . ceteras arbores pomiferas caedere. Die Stelle enthält aber zugleich die Zurückführung dieses zu allgemeinen Satzes auf das Richtige: non substitutis aliis, d. h. das Verbot richtet sich gar nicht gegen die ordnungsmässige Holzgewinnung bei einem Obstgarten, sondern nur gegen die Ueberschreitung des quantitativen und qualitativen Masses dabei. Wenn wir aber in den Fällen, wo die Holzgewinnung in Folge der engen Grenzen der Ausbeutung nur einen geringen Nebengewinn bringt, die dingliche Sanktion des wirthschaftlichen Masses anerkennen, so verstehen wir gar nicht, warum dieses wirthschaftliche Mass in anderen Fällen nicht anerkannt werden soll. Wir fragen, welche Grenze kann zwischen denjenigen Fällen gezogen werden, wo das Obst oder anderer Nutzen die Hauptrolle spielt, das Holz nur als Nebenproduct in Betracht kommt, und den Fällen, wo das Holz eine grössere Bedeutung hat. Es giebt ja unzählige Stufen, unzählige Uebergangsfälle, bei welchen das Holz im Verhältniss zum anderen Gewinn von einem Baumcomplex eine immer grössere und grössere Rolle gewinnt, so

dass in der Mitte solche Fälle liegen, wo der Gewinn an Holz dem anderweitigen Gewinn von dem betreffenden Baumcomplex gleich ist. Es giebt keinen principiellen Gegensatz zwischen dem unbedeutenden Nebengewinn an Holz und dem bedeutenden Gewinn an Holz. Nebenfrüchte sind ebensolche Früchte wie die Hauptfrüchte. Was in einem Falle weniger wichtig ist, das ist im anderen Falle etwas mehr wichtig, im anderen noch wichtiger und in anderen Fällen ganz besonders wichtig. Beim Apfelgarten bildet der Obstgewinn 95, der Holzgewinn 5. Beim Nussbaumgarten bildet der Gewinn an Nüssen vielleicht 60, der Holzgewinn 40. Beim Cedernhain gewinnt man 10 an Nüssen, 90 an Holz. Durch die Aufzählung solcher Uebergangsfälle drängen wir die herrschende Meinung zur allgemeinen Anerkennung der dinglichen Sanktion der ordentlichen Wirthschaft, weil diejenigen, welche uns nicht zustimmen möchten, gar nicht wissen, bei welchem Uebergangsfall sie die Anerkennung des wirthschaftlichen Masses aufgeben sollen und können. Und wenn wir endlich durch die fast unmerklichen Uebergänge zur höchsten Stufe der Bedeutung des Holzgewinnes gelangen, wo andere Gewinne neben dem Holz eine verschwindend geringe Bedeutung haben, so begegnen wir in diesem Gebiete einer endgültigen approbatio und subsignatio unserer Meinung in dem schon erwähnten Satz, nach welchem der Fruchtberechtigte keinen dinglichen Gewinn macht, wenn die ausserordentliche Verwüstung des schlagbaren Waldes nicht durch seinen Eigennutz und bösen Willen, sondern durch die Naturereignisse ohne seine Schuld geschah. Die herrschende Lehre steht nicht nur im vollständigen Widerspruch mit den Quellen, sondern sie schreibt auch den römischen Juristen, welche jedenfalls grosse Praktiker waren, die Aufstellung der rein doktrinären Gegensätze zu, an welche man nur dann glauben kann, wenn man an die unzähligen Uebergänge und Nuancen im wirklichen Leben nicht durch practische Fälle erinnert wird. Man schreibt gleichzeitig den römischen Juristen eine absurde social-wirthschaftliche Politik zu, indem man glaubt, dass sie ihre Rechtstechnik und die Sanktionen der Rechtssätze zum Schutze des Berechtigten gegen die Folgen der Naturereignisse, nicht aber gegen die absichtlichen Missbräuche der Gegenpartei gerichtet haben.

Wenn wir die Entscheidungen der Quellen über die Baumcomplexe auf die Viehheerden analog anwenden, so ergiebt sich folgendes: Bei einer Heerde von Mastthieren z. B. von Gänsen, von Schweinen, kann der Fruchtberechtigte ziemlich nach Belieben jedes Exemplar schlachten (wie bei der silva palaris). Bei dem lebendigen Inventar des Landgutes kann der Fruchtberechtigte diejenigen Thiere, welche bei der Feldarbeit noch vollständig gute Dienste leisten, nicht entfernen (so wenig wie bei einem Obstgarten). Der Niessbraucher eines zoologischen Gartens darf auch die schwachen und alten Exemplare nicht entfernen, insofern sie ihre Funktion als Zierde des zoologischen Gartens oder als Vertreter einer seltenen Art von Thieren gut erfüllen (wie bei einem Park). —

Nach dem oben Ausgeführten halten wir die dingliche Sanction des wirthschaftlichen Masses bei der Ausbeutung der Massenkapitalien im römischen Recht für sicher nachgewiesen. Auch glauben wir das allgemeine Princip unbedenklich auf dasjenige wirthschaftliche Gebiet erstrecken zu können, für welches wir keine directen Quellenentscheidungen besitzen, nämlich auf die Ausbeutung der unorganischen Reichthümer eines Grundstückes. Auch hier hat das Mass der Ausbeute keine Bedeutung bei denjenigen Producten, welche immer wiederkehren und verschwinden (Schnee, Eis, Mineralwasser aus einer Quelle, Petroleum, Wasser aus einem Flusse). Dagegen können die festen Theile des Grundstückes nicht immer und nicht in willkürlich grossem Masse als Früchte ausgeschieden werden. Als Frucht gilt auch hier nur dasjenige, was ein ordentlicher Wirth für Einkünfte vom Bodenkapital hält. Zu den Einkünften wird aber nur der wiederkehrende Gewinn gerechnet (welcher durch den dauernden Betrieb erzielt werden kann). Daher gehört z. B. nicht zu den Früchten die einmalige Einnahme, welche durch die Verwerthung eines in dem Grundstück sich befindenden Marmorblockes erzielt wird. Einkünfte an Marmor gewinnt nur derjenige, welcher im Grundstück grosse Massen von Marmor hat, so dass dieser Naturalreichthum als eine Quelle der dauernden Ausbeute angesehen werden kann. Auch die Raubwirthschaft gehört nicht zur Gewinnung der Einkünfte. Was als Raubwirthschaft zu bezeichnen ist, wird durch gewohnheitsmässige wirthschaftliche Regeln bestimmt oder auch in gewissen Fällen durch polizeiliche Reglements.

Auch das römische Recht schreibt dem Niessbraucher vor, dass er die Mineralreichthümer des Grundstückes quasi bonus pater familias ausbeuten soll (l. 9 § 2 D. de usu fr. 7, 1.).

Die Ausdrücke: „lapidicinae, cretifodinae, auri, argenti, sul-

puris . . . et ceterorum fodinae" deuten darauf hin, dass von den Quellen dauernder Ausbeutung die Rede ist. Die Ausdrücke uti, exercere deuten auf den dauernden Betrieb hin, nicht aber z. B. auf einen einmaligen Verkauf des ganzen Vorrathes, das abuti, die distractio in Bausch und Bogen. Der Niessbraucher darf nicht glauben, dass er die ganze Masse der Mineralreichthümer durch die einmalige Wegschaffung erwerben könne. In diesem Sinne kann man auch hier sagen: non debet (usufructuarius) putare, id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est. Ea sunt inter se contraria (cic. Top. III § 17).

Die dargestellte dingliche Sanction der ordentlichen Wirthschaft durch den Fruchtbegriff ist eine weise und wohlthätige Massregel der wirthschaftlichen Politik im Civilrecht, welche zugleich der Billigkeit entspricht.

Ihre Gerechtigkeit ist zu klar, als dass man sie verkennen könnte. Wenn der eigennützige und verschwenderische Nutzungsberechtigte (Pächter, Niessbraucher) die fremden Kapitalstücke (zu viel Früchte nach der herrschenden Lehre) sich mit dinglichem Erfolg aneignen könnte, so hätte der beschädigte Proprietar immer das Nachsehen, sobald er durch eine persönliche Klage vom Verschwender nichts oder zu wenig herausbekäme. Wenn das Mass der wirthschaftlichen Ausbeutung keine unmittelbare Bedeutung hätte, dann wären eben keine wirksamen Schranken gegen eine vollständige Verwüstung und Entwerthung des Kapitals gezogen. Das ganze fremde Stammvermögen an Thieren, an Pflanzen, an Mineralreichthümern kann binnen kurzer Zeit verschwendet werden. Auch diejenige Schranke, welche die herrschende Lehre in dem Begriff der Bestimmung der Sache zu finden glaubt, und nach welcher z. B. die Bäume aus einer silva pascua, aus einem Park niemals zu den Früchten gehören, hätte, auch wenn sie wirklich existirte, keine grosse praktische Bedeutung für die Rettung des Kapitals.

Man glaubt gewöhnlich, dass der hergebrachte Begriff der Früchte wegen seiner Einfachheit bei der Entscheidung der Streitigkeiten zu billigen ist. Auch sei es für den dritten Käufer der Früchte leicht zu unterscheiden, was er giltig vom Fruchtberechtigten kaufen könne und was nicht, ohne dass er sich zu erkundigen brauchte, wie der Verkäufer bei der Ausbeutung des fremden

Kapitals verfahren sei.[1] Als ob man das Holz aus der silva pascua oder aus dem Park von dem Holz aus dem schlagbaren Walde nach seinem Aussehen unterscheiden könnte! Nach dem Aussehen sind Früchte vom Kapital gar nicht unterscheidbar; man muss jedenfalls die subjectiven Verhältnisse und das Verhalten des Fruchtberechtigten kennen, um die Fruchtqualität des Gegenstandes wahr zu nehmen. Der ordentliche pater familias, welcher grössere Quantitäten von Producten bei einem Wirth auf dem fremden Grundstück kauft, muss sich in der That erkundigen, ob sie nicht den Ertrag der Raubwirthschaft bilden. Auch beim schlagbaren Forst wird ein redlicher Käufer keinen Kaufcontract über den ganzen Baumbestand schliessen. Ebenso wird der Niessbraucher keinen Pächter finden, welcher ihm für die Erlaubniss, die Naturalreichthümer über das ordentliche wirthschaftliche Mass hinaus auszubeuten, einen entsprechend hohen Pachtzins zahlen würde. Darin eben liegt die wirthschaftspolitische Bedeutung des richtigen Fruchtbegriffes. Man muss die Gesetze nicht nur auf ihre Wirkung im Falle der Streitigkeiten prüfen. Wenn es sich nur um die leichte und einfache Entscheidung der Prozesse handelte, wäre vielleicht die herrschende Lehre vorzuziehen. *Die Wirkung der Civilgesetze ist aber viel umfangreicher und tiefer. Man muss ihre psychologische Wirkung auf die Leute untersuchen; man muss zu erkennen suchen, zu welchem Verhalten das Gesetz Motive bei den Leuten erzeugt.*

Dadurch, dass man dem wirthschaftlichen Masse der Ausbeutung seine wesentliche Bedeutung für den Fruchtbegriff gesetzlich aberkennt, werden nämlich Motive erzeugt, welche die schlimmsten sittlichen und wirthschaftlichen Folgen herbeiführen. Wenn der eigennützige Verschwender auf fremdem Landgut weiss, dass ihm bei der Raubwirthschaft der dingliche Erfolg gesichert ist, dann entsteht eben ein Motiv für ihn, die Lage auszunützen. Das Wichtigste besteht aber darin, dass *die dritten Geschäftsfreunde ein Motiv erhalten, dazu ihre Hilfe zu bieten.* Sie können gegen einen verhältnissmässig geringen Pachtzins oder Kaufpreis beim fremden Forst etc. eine gute Speculation machen. Sie riskiren dabei absolut nichts. Der Fruchtberechtigte riskirt nur, mit einer persönlichen Klage belangt zu werden, um welche

---

1) Z. B. Göppert (org. Erz.) S. 289.

er sich vielleicht aus Leichtsinn oder in Rücksicht auf vorgenommene Manipulationen (Beiseiteschaffung des Geldgewinnes) wenig kümmert. Der Schade, welcher aus einem solchen Gesetz entspringt, ist sehr tiefgehend und vielseitig: zunächst leistet es der unordentlichen Wirthschaft und der Unredlichkeit bei Dritten und beim Fruchtberechtigten Vorschub; dann beschädigt dasselbe den Proprietar, welchen es unsauberen Speculationen zum Opfer giebt. Endlich entsteht ein absoluter und nicht wieder gut zu machender allgemeiner Schade, der Schade für die Volkswirthschaft. Die Verwüstung eines Landgutes oder eines Bergwerkes, wenn auch der Proprietar dafür unter Umständen einen genügenden Schadenersatz bekommt, hat ihre schädlichen Nachwirkungen für die Allgemeinheit. Nach dem richtigen römischen Fruchtbegriff ist dagegen die gute Wirthschaft möglichst wirksam sanktionirt. Die dritten Personen werden nicht leicht zur Raubwirthschaft ihre Hand bieten, weil sie dabei zu viel Gefahr laufen. Der Niessbraucher und der Pächter wissen, dass sie das geraubte Kapital nicht erwerben und mit Erfolg nicht verwerthen können. *Aus Mangel an schlechten Motiven wird eine grosse Zahl derjenigen Unregelmässigkeiten und Prozesse, welche die herrschende Lehre und der Entwurf einfach entscheiden zu können glauben, gar nicht entstehen.*

Was den Entwurf anbetrifft, so enthält darin die bekämpfte Theorie einen noch gröbern Missgriff der social-wirthschaftlichen Politik auf dem Gebiete des Civilrechts, als in der gemeinrechtlichen Doctrin. Denn die gemeinrechtliche Doctrin kann zu ihrer Rechtfertigung jedenfalls den Satz anführen, dass sie dem gutgläubigen Käufer des Holzes etc. Schutz gewährt. Zwar irrt diese Theorie, wenn sie glaubt, dass das Holz aus einer silva pascua anders aussieht, als ein sonstiges Holz; ebenso irrt sie, wenn sie glaubt, dass nur dasjenige Holz, welches aus einem hauptsächlich zur Holzgewinnung bestimmten Wald stammt, zu den Früchten gehören kann; auch übersieht diese Theorie, dass die Frage eine tiefere Bedeutung hat, als die leichte Unterscheidung der Früchte von den Nichtfrüchten nach ihrem Aussehen; sie erreicht aber immerhin neben dem Schaden, den sie stiftet, auch einen wirklichen, wenn auch im Verhältniss zum Schaden geringen Nutzen. Nicht einmal so viel kann man zur Rechtfertigung des Entwurfes sagen. Der Entwurf hat ja den Grundsatz des germanischen Rechtes recipirt, nach welchem der gutgläubige Käufer einer beweglichen

Sache als solcher vollen Schutz geniesst. In wessen Interessen hat man also einen solchen Fruchtbegriff geschaffen, unter welchen eigentlich jedes Stück des verschleuderten fremden Naturalkapitals fällt? Man ladet ja damit nur die Verschwender und die Gauner und ihre gleichgesinnten Geschäftsfreunde zu unsauberen Unternehmungen auf Kosten ihrer Opfer und zur Verwüstung des Volksreichthums ein.[1]

---

1) Der unrichtige Fruchtbegriff der herrschenden Lehre und des Entwurfes ergiebt schädliche Consequenzen nicht nur im Gebiete der Lehre vom Fruchterwerb. Er verwirrt und verunstaltet die ganze Lehre vom Fruchtersatz. Das Nähere darüber werden wir bei der Darstellung dieser Lehre hervorheben. Vgl. auch unten im § 21 die Bemerkung über die Zinsenfreiheit bei den Früchten.

III. Theil.

Das reine (in Geld geschätzte) Einkommen.

§ 10. Vorbemerkung.

Die Masse der während der Einkommenperiode gewonnenen wiederkehrenden Producte bestimmt noch nicht den Umfang des wirklichen Gewinnes. Man kann von einem Grundstück grosse Massen verschiedener Producte ziehen und doch dabei keinen wahren Gewinn, sondern nur einen Verlust im Wirthschaftsjahr haben. Den wirklichen Gewinn von einer Sache bestimmt der Begriff des sogen. Netto- oder Reineinkommens im Gegensatze zu dem oben untersuchten Begriff des Brutto-Einkommens. Um das reine Einkommen zu bestimmen, schätzt man die Masse der gewonnenen Gegenstände in Geld; ebenso schätzt man dann in Geld gewisse zum Zweck der Erzielung des Einkommens gemachte Verwendungen und zieht die letztere Summe von der ersteren ab. Der Unterschied drückt die Summe des reinen Einkommens aus.

Die Schätzung des Einkommens wird in den Quellen des römischen Rechtes fructuum aestimatio[1] (oder auch fructuum taxatio,[2] ad liquidum deductio[3] etc.) genannt. Das Er-

---

1) Z. B. l. 33 D. de R. V. 6, 1 (Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt); l. 31 eod. (improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari); l. 62 § 1 eod. (generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur . . .); l. 62 pr. eod. (et fructus aestimandi sunt); l. 6 § 1 D. de op. serv. 7, 7 (si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet); l. 6 § 3 eod. (ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio); l. 9 § 6 D. ad exh. 10, 4 (ita ut fructus secundum legem aestimentur); l. 19 pr. D. de usuris 22, 1 (ex quo perdiderit fructuarius usum fructum, aestimabuntur in petitione fructus); l. 19 § 1 eod. (Iter quoque et actus si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi . . .); l. 79 D. de R. V. 6, 1.

2) l. 5 C. si quis alteri vel sibi 4, 50: restituere eandem possessionem habita etiam fructuum taxatione curabit.

3) l. un. § 1 C. si secundo nupserit 5, 10: omnia, cum legitime repetantur, cum competentibus fructibus ad liquidum deducta ratione restituet.

gebniss der Schätzung und der Subtraction, d. h. die berechnete Summe des Reineinkommens, wird fructus genannt.

Hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest (l. 1 C. de fruct. 7, 51).

Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere (l. 46 D. de usur. et fruct. 22, 1).

Daraus sieht man, dass das Wort fructus doppelsinnig ist; und zwar bedeutet dasselbe zwei grundverschiedene Begriffe. Indem das Wort fructus in einem Sinne eine concrete Sache (z. B. ein Thier) bedeuten kann, welche sich zu Jemandem in einem gewissen Verhältniss befindet, bedeutet das Wort fructus in dem andern Sinne immer einen abstracten Begriff (eine Zahl), welchem kein concreter Gegenstand entspricht. In der angeführten l. 46 de usur. bedeutet z. B. das Wort fructus im Satze: quod in fructus redigendos impensum est — die Erträgnisse, welche Jemand als Einkünfte gewinnt; dagegen im Satze: non ambigitur ipsos fructus deminuere debere — eine abstracte Zahl. Die Sachen können nicht durch die Ausgaben gemindert werden. Der Sinn der Stelle ist also: was für die Gewinnung der Brutto-Producte aufgewendet ist, das mindert die Summe des Reineinkommens.

Im Corpus iuris spielt der Begriff fructus im Sinne des Reineinkommens eine viel grössere Rolle, als im Sinne der Bruttoeinkünfte. Wir sind sicher, nicht zu übertreiben, wenn wir sagen, dass das Wort fructus in unsern Quellen in hundert Fällen der Anwendung mindestens neunzig Mal im Sinne des Reineinkommens, d. h. eines abstracten Begriffes, nicht aber im Sinne derjenigen Sachen, welche sich in einem gewissen Verhältnisse zu einer Person befinden, gebraucht ist. Wenn nämlich bei den verschiedensten Rechtsverhältnissen gesagt wird, dass mit dem Kapital auch die Früchte prästirt werden müssen, wenn bei verschiedenen Arten der Gemeinschaft (Gesellschaft, Miteigenthum, Miterbschaft . . .) die Theilung der Früchte angeordnet wird, so wird unter den Früchten das erzielte Reineinkommen verstanden. Ebenso rechnet sich der antichretische Pfandgläubiger das gewonnene Reineinkommen auf die Zinsen an. Die Theilung der Dotalfrüchte bedeutet die Theilung des Reineinkommens. Das erzielte Reineinkommen wird auf die Quarta Falcidia und dgl. angerechnet. Gegenstand der Compensationen der fructus gegen verschiedene Arten der Verwendungen bildet gleichfalls das Reineinkommen. Es giebt selten Processe

aus dem Gebiete des Vermögensrechtes, in welchen es sich nicht um das Reineinkommen handelte. Wenn nicht früher, so jedenfalls seit dem Verzug oder Processbeginn werden die Früchte vom Gegenstande des Processes, mag er eine Sache oder ein Recht sein, als Reineinkommen prästirt.

Zwar ist dies aus dem Sprachgebrauch der Quellen nicht erkennbar, weil sie eben für verschiedene Arten des Einkommens denselben technischen Ausdruck fructus gebrauchen (übrigens war den späteren Römern auch der Ausdruck reditus purus, *πρόσοδος καθαρά* nicht unbekannt[1]); allein es ist leicht nachzuweisen, dass es sich in allen Anwendungen der Fruchtprästationen nicht um die Bruttoeinkünfte handelt.

Ausdrückliche Quellenzeugnisse haben wir freilich nur für eine verhältnissmässig geringe Zahl der Rechtsverhältnisse:

1. Auf die Gemeinschaft beziehen sich folgende Stellen:

Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant post deductionem impensarum? et puto dividendos (l. 38 § 14 D. de usur. 22, 1).

. . . quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum: qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt. et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat (l. 51 pr. D. fam. erc. 10, 2).

2. Der Begriff der Früchte bei der Erbschaftsklage wird auf folgende Weise bestimmt:

Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit (l. 36 § 5 D. de H. P. 5, 3).

3. Den Gegenstand der Fruchttheilung bei Auflösung der Ehe bildet gleichfalls der Unterschied zwischen dem in Geld geschätzten Brutto-Einkommen und den Fruchtverwendungen:

Fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt . . .

1) l. 20 § 4 C. de agric. cens. 11, 48: reliqua quantitate, quae in reditus puros remanet, in tuto collocanda et litis terminum expectante; l. 45 § 13 C. de episcopis et clericis 1, 3: *προσθήκην ἔχουσαν πάντως μὲν οὐκ ἐλάττονα τοῦ τετάρτου μέρους τῆς καθαρᾶς προσόδου.*

et impensas, quae, antequam portiones fructuum fiant, deducendae sunt . . . (l. 7 pr. D. s. m. 24, 3).

4. Bei der actio Pauliana:

Et fructus, non tantum qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt, sed cum aliquo modo, scilicet ut sumptus facti deducantur (l. 10 § 20 D. quae in fraudem 42, 8).

5. Ebenso geschieht die repetitio fructus bei der condictio indebiti deducta impensa (l. 65 § 5 D. de cond. ind. 12, 6).

6. Auf den Auftrag bezieht sich die l. 10 § 9 D. mand. 17, 1:

et, sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere . . .

In vielen andern Fällen finden wir eine indirecte Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes in den Aussprüchen, welche die Früchte als das erzielte lucrum oder als Bereicherung prästiren lassen. Selbstverständlich bildet den wirklichen Gewinn nur das Reineinkommen.

Ebenso ist selbstverständlich, dass in dem Falle, wenn Jemand die fructus percipiendi als Interesse des Gläubigers bei der Vorenthaltung der Sache prästirt, unter den zu leistenden Früchten das Reineinkommen zu verstehen ist. Denn nur der wirkliche Gewinn bildet das Interesse des Gläubigers.

Die universale Geltung des Abzugs der Gewinnungskosten bestätigt auch die Definition der fructus als des reinen Einkommens. Zu den angeführten Stellen aus den allgemeinen Titeln de fructibus des Codex und der Digesten ist noch die l. 4 des ebenso allgemeinen Titels der Digesten über die operae servorum (7,7) hinzuzufügen (et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis servorum; vgl auch die l. 6 § 3 eod.: ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio).

Den Hauptbeweis ergeben aber die ganz zwingenden inneren Gründe. Die Restitution (Theilung, Anrechnung etc.) der Früchte, ohne Abzug der Kosten ihrer Gewinnung, würde eine Privatstrafe bedeuten; wenn man nämlich Jemandem die Fruchtgewinnung für andere Leute zur Pflicht macht, ihn aber gleichzeitig die Kosten tragen lässt, so bedeutet diese Erscheinung, dass der Betreffende einen Theil seines Vermögens in den Früchten zu Gunsten der Gegenpartei opfern muss. Dazu wäre eine solche Privatstrafe

höchst ungleichmässig und unpolitisch. Unpolitisch wäre sie darum, weil sie für den Betroffenen das Interesse schafft, die Production so schlecht zu betreiben, wie es in den Grenzen der rechtlichen Freiheit von Verantwortung möglich ist. Es wäre naiv, zu glauben, dass die Imputation der culpa Jemanden zu einer guten Wirthschaft zwingen könnte, wenn er dringenden Anlass hätte, so wenig wie möglich auf die Wirthschaft zu verwenden. Besonders bei der modernen intensiven Wirthschaft würde man mit der Haftung wegen der culpa dem Uebel wenig steuern können, welches aus dem Nichtersatz der Wirthschaftskosten entstünde. Darum sagen die römischen Juristen, dass die Minderung des Fruchtbetrages durch die Gewinnungskosten von Niemandem bezweifelt wird (l. 46 D. de usur. cit.), dass die Anwendung dieses Grundsatzes auch gegenüber den praedones von der ratio naturalis gefordert wird (l. 36 § 5 D. de H. P. cit.), dass es keinen Fall giebt, wo der Abzug als ausgeschlossen erschiene (l. 51 pr. fam. erc. cit.)

Das Verhältniss wird von vornherein so angesehen, dass der Wirth um den Betrag der Gewinnungskosten weniger Früchte gewonnen hat. Die Prästation des Bruttoertrages würde also bedeuten, dass man mehr Früchte, als man wirklich gewonnen hat, restituirt. So heisst es ganz richtig von den Productionskosten:

ipsae res ita praestare intelliguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris (l. 15 D. de impensis 25, 1).

Die obigen Erwägungen und Quellenzeugnisse genügen u. E., um den Abzug der Productionskosten für einen universalen Grundsatz des römischen Civilrechtes, welcher keine Ausnahmen erleidet, und zwar auch nicht dem Diebe gegenüber, zu erklären.

Die Anwendung des Grundsatzes dem Dieb gegenüber könnte nämlich nur aus dem Grunde als zweifelhaft erscheinen, weil ihm der Ersatzanspruch wegen der sogenannten impensae necessariae versagt wird.[1] Allein es ist zu erwägen, dass der Anspruch auf den Abzug der Gewinnungskosten vom Werth der Früchte eigentlich kein Anspruch ist, welcher gewährt oder versagt werden kann. Der Verpflichtete braucht keinen Gegenanspruch wegen der Fruchtkosten zu machen, insbesondere braucht er im römischen Formularprocess keine exceptio zu diesem Zweck entgegen zu stellen.

1) L. 1 C. de inf. exp. 8, 51; l. 13 D. de cond. furt. 13, 1. Windscheid I § 195 N. 3; Dernburg I § 227 N. 10.

Aus den oben angeführten Stellen folgt vielmehr ganz zweifellos, dass der Berechtigte von vornherein einen um den Betrag der Gewinnungskosten geringeren Fruchtanspruch hat. Aus der Thatsache also, dass dem Dieb keine Retention und Exception zum Zweck der Geltendmachung seines Gegenanspruches wegen der impensae necessariae gewährt wird, sind wir keinesfalls zu folgern berechtigt, dass er die Kosten der Fruchtproduction verliert. Im Gegentheil, es müsste besonders nachgewiesen werden, dass der Bestohlene vom Diebe mehr als das Reineinkommen (als Strafe) bekommt. Die Existenz einer solchen Strafe ist sicher zu leugnen, denn es wird von der condictio furtiva einfach gesagt, dass sie auf das Interesse gerichtet ist,[1] zum Interesse gehört aber nur das entgangene reine Einkommen.

In Anbetracht der Bedeutung des Begriffes fructus als des Reineinkommens für alle civilrechtlichen (vermögensrechtlichen) Ansprüche, erscheint es räthselhaft, warum die civilistische Literatur diesen so wichtigen Begriff ganz vernachlässigt, ja ignorirt. In manchen Lehrbüchern finden wir gar keine Erwähnung desselben. In anderen wird von diesem Begriff im allgemeinen Theil, in der Lehre vom Fruchtbegriff, gleichfalls nichts erwähnt, und nur im besonderen Theil bei der Darstellung einiger Ansprüche (hereditatis petitio oder auch rei vindicatio) kurz bemerkt, dass von den Früchten die Gewinnungskosten abgezogen werden, so dass nur der Reinertrag der Früchte prästirt wird.[2] Mehr über den Inhalt und Umfang dieses Begriffes erfahren wir nicht; indessen ist er, wie wir uns gleich überzeugen werden, gar nicht so einfach, wie es scheinen möchte.

Ferner lässt man bei der Interpretation der Quellen die Zweideutigkeit des Wortes fructus ganz ausser Acht. Auch bei den juristischen Constructionen und Theorien, z. B. bei der Erklärung des Grundes der Fruchtprästationen, bei den Erörterungen über den Begriff fructus percepti und percipiendi verfährt man so, als ob es sich bei der Prästation der fructus um irgendwelche Theil- oder Nebensachen und dergleichen concrete Begriffe handelte. Die Quelle dieser Vernachlässigung scheint uns in einem ursprünglichen systematischen Fehler zu liegen, nämlich darin, dass man

1) L. 3 D. de cond. furt. 13, 1.

2) Vgl. z. B. Windscheid I § 195 N. 13, III § 613 zur Note 3: „Verwendungen auf die Fruchtziehung kommen auch hier (bei dem Erbschaftsanspruch), wie gegenüber dem Eigenthumsanspruch, schlechthin zum Abzug.“

den Fruchtbegriff in die Lehre von der Eintheilung der Sachen hineingezwungen hat. Natürlich konnte in dieser Rubrik der Begriff des Reineinkommens keinen Platz und keine wissenschaftliche Entwickelung finden, wenn man auch daselbst den Begriff der Früchte als Brutto-Einkünfte hineinbringen zu können glaubte. Der Zustand der gemeinrechtlichen Doctrin spiegelt sich auch im Entwurf wieder. Vom Begriff der Früchte als reinen Einkommens finden wir daselbst keine Erwähnung, so dass man glauben könnte, dass es sich bei dem Fruchtersatz um die Herausgabe der im § 792 bezeichneten Gegenstände handelt.

Das Reineinkommen ist ein sehr complicirtes Ding. Bei der Ermittelung desselben entstehen viele schwierige Fragen, für welche im Civilrecht eine positive gesetzliche Entscheidung nothwendig ist, die das römische Recht auch mit grossem practischen Takte entschieden hat. Wir wenden uns nunmehr zu der Untersuchung über den Inhalt und die rechtliche Structur des römischrechtlichen Begriffes des Reineinkommens. Dabei werden wir unsere Darstellung in drei Abschnitte theilen. Zunächst werden wir die Passiva der fructus, die abzuziehenden Verwendungen, untersuchen, dann die in Betracht kommenden Activa, endlich diese beiden in ihrem Zusammenhang, d. h. die Structur und juristische Natur des Begriffes fructus.

A. Passiva der Früchte.

§ 11. *α.* Einkommenverwendungen.

In Bezug auf Classification der Verwendungen herrscht in der Literatur eine seltene Uebereinstimmung. Die einzelnen Arten derselben und ihre Definitionen stehen fest und sind unbestritten. Man unterscheidet nämlich:

1. Die nothwendigen Verwendungen (impensae necessariae). Ihre Begriffsbestimmung lautet: impensae necessariae sind solche Verwendungen, welche für die Erhaltung der Sache nothwendig sind. [1]

2. Nützliche Verwendungen (impensae utiles) sind solche Verwendungen, welche den Nutzen der Sache, d. h. ihren Ertrag oder ihren Verkaufswerth, erhöhen.

3. Impensae voluptuariae heissen diejenigen, welche weder nothwendig noch nützlich im obigen Sinne sind, wenn sie auch die Sache verschönern.

Ausserdem erwähnt man, wie oben gesagt, Productionskosten als Verwendungen, welche auf die Erzeugung der Früchte gemacht werden.

Diese Begriffsbestimmungen stimmen auch wörtlich mit den allgemeinen theoretischen Aussprüchen der römischen Juristen überein z. B.:

„Impensae necessariae“ sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. „Utiles impensas“ esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pasti-

1) Vgl. z. B. Windscheid I § 195 N. 2.

nationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum... „Voluptariae“ sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ut sunt viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae (l. 79 D. de V. S. 50, 16).

Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur, aut utiles, aut voluptuosae. Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit. Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si (vir) vineta et oliveta fecerit. Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fuerit, neque factis fructuosior effecta est; quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus (Ulp. fr. VI. 14—17).

Ebenso bezeichnen die römischen Juristen die uns hauptsächlich interessirende Art der Verwendungen als „quod in fructus redigendos impensum est,“ „sumptus in fructus percipiendos factus,“ „impensae, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque fructuum gratia fiunt.“ [1]

Trotz dieser Uebereinstimmung der römischen und modernen Theoretiker sind die angeführten Definitionen für unrichtig zu erklären. Der ganzen Classification liegt nämlich die wenig kritische Vorstellung zu Grunde, als ob die Verwendungen auf die Production der Früchte verschieden wären von den Verwendungen auf die Erhaltung und Besserung der Sache (des Kapitals). Wenn man das wirkliche Leben beobachtet, so erweist sich die Unterscheidung zwischen den Verwendungen auf die Erhaltung der Integrität des Kapitals und auf die Production der Früchte als eine rein doctrinäre, theoretische, welcher ein wirklicher Inhalt fehlt. Das Kapital ist eben ein Mittel zur Fruchtproduction. Wenn man die Mittel der Production erhält oder verbessert, so verbessert man damit die Production; man erzielt mehr Früchte. Die Kosten der Erhaltung oder der Besserung des Kapitals sind daher gleichzeitig auch Kosten des Fruchtgewinnes. Wenn man z. B. ein wirthschaftliches Gebäude baut, welches zur Reinigung, Aufbewahrung oder Bearbeitung des Getreides bestimmt ist, so ist dies eine Verwendung, welche den Zwecken der Fruchtproduction dient und gleichzeitig das Kapital verbessert. Ebenso wenn man ein Gebäude verbessert, weil es für die Aufbewahrung der Früchte

1) L. 46 D. de usur. et fr. 22, 1; l. 10 § 9 D. mand. 17, 1; l. 36 § 5 D. de H. P. 5, 3.

zu feucht oder baufällig ist. Wenn man den Boden drainirt oder mit Wald bedeckt, die Gräben, die Zäune von Neuem anlegt, den Acker düngt, so sind dies Handlungen, welche auf die bessere Fruchtproduction und zugleich auf die Erhaltung oder Verbesserung des Kapitals gerichtet sind. Oben haben wir uns überzeugt, dass die Substitution, von einer Seite betrachtet, Fruchtgewinnung, von der andern Seite Kapitalerhaltung ist. Gehört die Fütterung des lebenden Inventars, die Heilung der erkrankten Stücke, die Errichtung oder Verbesserung der Gebäude, in welchen das Inventar untergebracht werden soll u. s. w. zu der Erhaltung des Kapitals oder zur Production der Früchte? Wohin gehört die Reparatur der Fabrik, die Reinigung der Maschinen, die Anschaffung neuer Decorationen, neuer Apparate in einem Theater? Kurz, die Erhaltung oder die Besserung der Productionsmittel und die Production selbst sind nur verschiedene Seiten derselben wirthschaftlichen Thätigkeit; die Kosten, welche diese Thätigkeit mit sich bringt, sind gleichzeitig Productionskosten und Kosten der Erhaltung oder der Besserung des Kapitals.

Man könnte die Eintheilung der Verwendungen in die Productions- und Erhaltungskosten nur nach der geringeren oder grösseren Anschaulichkeit ihres Zusammenhanges mit der Production oder der Erhaltung des Kapitals durchführen. Man könnte z. B. die Reparatur der wirthschaftlichen Gebäude zu den Kosten der Kapitalerhaltung rechnen, weil der Zusammenhang der Verwendung mit den Früchten erst ein mittelbarer ist, besonders wenn im Gebäude noch keine Früchte vorhanden sind, wogegen der Zweck der Erhaltung des Kapitals bei der Reparatur sehr anschaulich ist. Im allgemeinen würde man fast alle Winterarbeiten des Landwirths auf die Erhaltung und Besserung des Kapitals, dagegen die Feldarbeiten im Sommer auf die Production beziehen. Die Naivität derartiger Unterscheidungen leuchtet aber einem jeden ein. Jeder Wirth betrachtet die Kosten der Anschaffung und der Verbesserung eines Pfluges ebenso als Productionskosten, wie das Pflügen des Ackers. Er weiss andererseits, dass das Düngen, das Pflügen des Ackers sein Kapital erhält.

Aus den angeführten Definitionen kann man also nur ein sehr oberflächliches Kriterium gewinnen, welches dazu kein festes wäre, weil die Frage der Anschaulichkeit eben von jedem nach seinen eigenen Anschauungen entschieden wird.

Die theoretischen Aussprüche der römischen Juristen über

die Eintheilung der Verwendungen sind nur als misslungene theoretische Versuche zu betrachten, das der praktischen Eintheilung der Verwendungen zu Grunde liegende Princip in eine allgemeine Formel zu fassen.

Sie haben selbst ihren theoretischen Definitionen der impensae keine entscheidende Bedeutung zugeschrieben. So bemerkt Neratius, dass der Gegensatz zwischen den impensae necessariae und denjenigen, welche ein onus fructuum bilden, durch die allgemeine Definition schwer zu fassen ist; man muss sich vielmehr durch den praktischen Tact in concreten Fällen leiten lassen:

quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt (l. 15 de imp. 25, 1).

In der That haben die römischen Juristen in concreten Fällen nicht nach ihren theoretischen Abstractionen, sondern nach dem praktischen Tact die fraglichen Verwendungen zu dieser oder jener Classe gerechnet; und ihr practischer Instinct hat sich in concreten Entscheidungen vortrefflich bewährt. Die falschen theoretischen Ansichten hinderten sie nicht, eine passende Entscheidung für jeden Fall zu treffen.

Jetzt sind die Verhältnisse anders geworden. Die Entscheidungen der concreten Fälle beruhen nicht sowohl auf dem rechtbildenden praktischen Tacte, als auf der Deduction aus dem geltenden positiv fixirten Recht, wie es durch die Wissenschaft formulirt ist. Darum können wir nicht, wie das Neratius thut, den Richter auf sein Rechtsgefühl in concreten Fällen verweisen, sondern wir müssen uns nach einem festen leitenden Princip umsehen.

Das Princip, nach welchem sich die ein onus fructuum bildenden Verwendungen (Einkommenverwendungen) von den auf das Kapital zu beziehenden Impensen (Kapitalverwendungen) unterscheiden, ist hauptsächlich den positiven einzelnen Entscheidungen über die impensae necessariae bei den Dotalverhältnissen zu entnehmen. Hier nämlich tritt der Gegensatz in der Behandlung beider Arten von Verwendungen besonders klar hervor. Die impensae necessariae werden dem Manne immer vergütet, indem ihr Betrag das zu restituirende Kapital der Dos ipso iure vermindert. Die Einkommenverwendungen werden ihm dagegen in keiner Weise vergütet, weil er die Früchte behält.

Aus diesen Entscheidungen ersehen wir zunächst, dass die

Eintheilung der Verwendungen in die impensae in rem (Kapitalverwendungen) und die Einkommenverwendungen (impensae in fructus) sich auch auf solche Ausgaben bezieht, welche keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Fruchtproduction oder der Erhaltung der physischen Integrität des Kapitals haben. Nach der l. 1 § 3 D. de imp. 25, 1 wird nämlich die Summe, welche der Mann zur Erfüllung der cautio damni infecti bezahlt hat, als impensa necessaria in rem behandelt. Dagegen von den Steuern heisst es:

Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt (l. 13 eod.).

Beide Arten der Verwendungen entziehen sich vollständig den Kriterien der Production und der Erhaltung des Kapitals; zwar könnte man die Erfüllung der cautio damni infecti als Erhaltung der rechtlichen Integrität des Kapitals in dem übertragenen Sinne bezeichnen, dass sie den Verlust des Kapitals durch die Execution (missio ex secundo decreto) abwendet. Allein die Zahlung der Steuern hat ganz dieselbe Bedeutung; eher könnte man diese Ausgabe auf die Erhaltung des Kapitals, als auf die Erzeugung der Früchte beziehen. Der einzige wirthschaftliche Unterschied, welcher zwischen der Erfüllung der cautio damni infecti und der Zahlung der Steuern ersichtlich ist, besteht darin, dass die Steuern periodisch gezahlt werden, die cautio damni infecti dagegen eine einmalige Ausgabe verursacht, welche ausserhalb der Wirthschaftsperioden steht.

Ferner erfahren wir aus der l. 1 § 3 cit., dass die Errichtung einer Stampfmühle (pistrinum) zu den Kapitalverwendungen gehört; dagegen gehört die ordentliche Instandhaltung des Kapitals, wie die Ernährung der Sclaven, die Ausbesserung der vorhandenen Gebäude, zu den Einkommenverwendungen.

Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit: nam tueri res dotales vir suo sumptu debet. alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent[1] (l. 15 eod.).

1) Die Bedeutung dieser Stelle und die Thatsache, dass die ordentlichen Verwendungen auf die Erhaltung der Sache dem Manne nicht erstattet werden, ist allgemein anerkannt. Diese Erkenntniss wird aber für die Lehre von den Verwendungen und von den Früchten nicht gehörig ausgenutzt.

Indessen ist die Errichtung einer Stampfmühle, nach den von uns bekämpften Kriterien, viel eher auf die Gewinnung des Einkommens, als auf die Erhaltung der Integrität des Kapitals zu beziehen. Der unmittelbare Zweck der Verwendung ist auf die Bearbeitung der Früchte, des Getreides, gerichtet. Mit der Integrität des Kapitals, des Grundstückes mit den existirenden Gebäuden, hat die Errichtung der Stampfmühle nichts zu thun. Die tuitio, tutela necessaria des existirenden Dotalkapitals gehört dagegen zum onus fructuum, obgleich sie eben zur Erhaltung der Sachen unmittelbar und augenscheinlich dient.

Auch diese praktischen Beispiele widerlegen die hergebrachten Kriterien. Das Princip, welches diesen Beispielen der Unterscheidung zu Grunde liegt, ist dasselbe wie bei der verschiedenen Behandlung der cautio damni infecti und der Steuern. Die Instandhaltung und Ausbesserung der Kapitalsachen gehört zu den Verwendungen, welche mit jeder Fruchtperiode verbunden sind. Die Errichtung eines wirthschaftlichen Gebäudes ist eine Ausgabe, welche ausserhalb der Perioden steht: eine einmalige Ausgabe.

Daher ist die Ausbesserung des Gebäudes nur dann eine Einkommenverwendung, wenn dasselbe nicht eine gründliche Reconstruction erfordert, sondern nur Reparaturen gewöhnlichen Umfanges, wie sie der ordentliche Wirth jedes Jahr besorgt. Sonst ist auch die Ausbesserung eine Kapitalverwendung, weil sie ausserhalb der Perioden steht.

Impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est. plane si novam villam necessario exstruxit vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituerit, erit eius impensae petitio: simili modo et si pastina instituit. hae enim impensae aut in res necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem (l. 7 § 16 D. s. m. 24, 3); vgl. l. 1 § 3 de imp. (In necessariis impensis habendum . . . si aedificium ruens quod habere mulieri utile erat refecerit).

Dieselben Grundsätze gelten in Bezug auf Sclavenkinder:

Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit aut in doctrinam aut alimenta, non servatur marito, quia ipse ministeriis eorum utitur: sed illud servatur quod nutrici datum est ad educendum, quia pro capite quid dedisset, quemadmodum si a praedonibus redemisset servos dotales (l. 28 § 1 D. de don. i. v. et u. 24, 1).

Der Unterhalt und die Ausbildung der Sclaven ist also eine Einkommenverwendung (onus fructuum). Die Summe dagegen, welche der nutrix pro capite gegeben wurde, oder gegen welche der Sclave von Räubern losgekauft wurde, ist eine Kapitalverwendung (onus dotis). Der Gegensatz zwischen der Erhaltung des Kapitals und der Fruchtproduction trifft hier offenbar nicht zu. Worin besteht denn der wirkliche Gegensatz? Der Unterhalt und die Ausbildung des Sclaven verursacht Verwendungen, welche nicht nur jedes Jahr, sondern jeden Tag wiederkehren. Der Loskauf von Räubern bildet dagegen eine ausserhalb der Perioden stehende einmalige Ausgabe. Gehört dahin auch die der nutrix pro capite gegebene Summe? Ja, der Jurist meint nicht den Fall, dass man eine nutrix gemiethet hat und ihr pro Tag oder pro Monat Mietszins bezahlt (loc. cond. operarum), sondern er sagt „quia pro capite quid dedisset", er meint also loc. cond. operis, wo für die Lebenserhaltung eine Pauschsumme gezahlt ist, d. h. er meint nicht die periodischen Kosten, sondern diejenige Ausgabe, welche bei jedem caput nur einmal geschieht; daher zieht er auch das Beispiel der redemptio a latronibus herbei.

Nach dem Zweck und der technischen Wirkung (Production, Erhaltung des Kapitals) unterscheiden sich also die Kapitalverwendungen von den Fruchtverwendungen gar nicht. Daraus erklärt sich z. B., warum die impensa in valetudinem servorum bald zu den impensae necessariae (l. 2. de imp.), bald zu den impensae fructuum quaerendorum gerechnet wird (l. 7 § 16 sol. matr. cit.). Die Heilkosten der Sclaven können bald als periodische, bald als einmalige Ausgaben erscheinen. Für die gewöhnlichen Heilkosten der Sclaven ist im Wirthschaftsbudget eine jedes Jahr in derselben Höhe ungefähr wiederkehrende Summe ausgeworfen (casus rediens). Wenn dagegen die Krankheit ausserordentliche Kosten verursacht, z. B. im Falle einer Epidemie unter den Sclaven, oder wenn sie ausserordentlich lange dauert, so fällt die Verwendung zur Last des Kapitals.

Die römischen Juristen, welche, wie wir gesehen haben, die allgemeinen Merkmale der Erhaltung des Kapitals und der Fruchterzeugung nicht für zuverlässig hielten, haben auch andere theoretische Unterscheidungsmerkmale aufgestellt, welche der Wahrheit viel näher kommen, als die von der modernen Theorie recipirten. So stellt derselbe Ulpian, von welchem wir einige ganz falsche oder inhaltlose[1] Begriffsbestimmungen der Verwendungen besitzen, folgenden Grundsatz auf:

Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum (l. 3. § 1 de imp.).

Freilich ist auch dieser Unterscheidungsgrundsatz nicht ganz genau gefasst, denn auch die periodischen Reparaturen und dgl. bleiben nicht ohne dauernde Wirkung auf die folgenden Fruchtperioden. Ganz richtig sind aber die Gedanken, dass bei den impensae necessariae und auch bei den Einkommenverwendungen ebenso die utilitas des ager wie die der fructus gleichzeitig erstrebt wird (vgl. l. 16 eod.), und dass es namentlich auf das Vorhandensein des Zusammenhanges der Verwendung mit einer bestimmten Periode (praesentis anni, praesentis temporis) ankommt. Es liegt auch die ungenaue Vorstellung sehr nahe, dass die mit jeder Periode wiederkehrenden Verwendungen nur für die entsprechende Periode von Bedeutung sind. Denn dadurch, dass der Wirth durch die Reparatur der Gebäude, durch Zahlung der Steuern u. s. w. seine periodischen Pflichten in diesem Jahre erfüllt hat, ist er von der Erfüllung derselben Pflichten im nächsten Jahre nicht befreit. Wenn er dagegen ein Gebäude gründlich reconstruirt, oder ein fehlendes Gebäude neu erbaut, oder die cautio damni infecti erfüllt, so hofft er, dass er in perpetuum (dauernd) von solchen Ausgaben frei sein werde.

Ebenso sprechen einen praktischen, meist zutreffenden Grundsatz Paulus in der l. 12 und Neratius in der l. 15. eod. aus, indem sie die mässigen Ausgaben (modica refectio, modicae impensae in valetudinem servorum) zu den Fruchtverwendungen rechnen. Denn

---

1) Ulp. fr. VI 14—17 cit.; l. 14 D. de inp. 25, 1; inhaltlos sind die Definitionen der l. 1 eod. (Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi); der l. 5 § 3 eod. (Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem).

gewöhnlich verursachen die einmaligen wirthschaftlichen Verwendungen, wie die Anschaffung des Viehes zur Bedüngung des Grundstückes (l. 14. § 1. eod.), die Errichtung eines Dammes, einer Scheuer (l. 1. § 3 eod.) etc. viel grössere Kosten, als die Befriedigung verschiedener periodischer wirthschaftlicher Bedürfnisse. Allein das Princip der Grösse der Ausgaben ist ein sehr flüssiges, darum unpractisches, und es kann keine absolute Bedeutung für alle Fälle beanspruchen. Die Erfüllung der cautio damni infecti müssen wir zu den Kapitalverwendungen und die Zahlung der Steuer zu den Einkommenverwendungen rechnen, auch wenn jene Ausgabe 100, diese 1000 beträgt. Darum empfiehlt Neratius (eod.), ebenso die genera, wie die magnitudo der Verwendungen bei practischen Entscheidungen zu berücksichtigen.

Die Unterscheidung zwischen periodischen und einmaligen Verwendungen könnte vom Standpunkt der absoluten Rechtsprincipien als oberflächlich und einer tieferen Bedeutung baar erscheinen. Warum soll diese von der einen, jene von der andern Partei getragen werden? Warum belasten die periodischen Verwendungen das Einkommen, die einmaligen das Kapital? Auf den ersten Blick scheint das von uns verworfene Princip der Erhaltung des Kapitals und der Gewinnung der Früchte viel mehr der Gerechtigkeit zu entsprechen. Was zur Erhaltung des Kapitals verwendet wird, muss natürlicherweise das Kapital belasten, also diejenige Person, welcher das Kapital zu Gute kommt. Dagegen, was auf die Production der Früchte verwendet ist, muss die Früchte belasten. Das ist der klare und einfache Grundsatz der Gerechtigkeit, die ratio naturalis, welche den römischen und den modernen allgemeinen Theorien und Definitionen zu Grunde gelegt wurde. Indessen wurde durch das Leben und seine practischen Bedürfnisse gewiss ein anderes Princip postulirt, da die römische Praxis andere Wege eingeschlagen und über die Theorie den Sieg errungen hatte.

In dem Sprachgebrauch und in den Definitionen unterscheiden die römischen Juristen die impensae in rem und in fructus factae. Ihre practischen Entscheidungen aber werden durch einen davon grundverschiedenen Gegensatz geleitet.

Die Unterscheidung zwischen periodischen und einmaligen Ausgaben ist in der That keine zufällige und oberflächliche, sondern hat eine tiefe Begründung im Wesen und Zweck des Einkommens.

Der innere Sinn der Eintheilung der Güter in das Kapital und das Einkommen besteht in dem Bestreben, die regelmässige Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse zu erzielen (oben S. 38 fg.).

Um diesen Zweck zu erreichen, muss man aber nicht nur seine periodischen Lebensbedürfnisse, sondern auch die periodischen Bedürfnisse seiner Wirthschaft durch den periodischen Gewinn (Brutto-Einkommen) decken. Wenn man diejenigen periodischen durch die Wirthschaft geforderten Ausgaben, welche hauptsächlich auf die Erhaltung des Kapitals berechnet sind, aus dem Kapital, nicht aber aus dem wiederkehrenden Brutto-Einkommen bestritte, würde man in kurzer Zeit verarmen.

Andererseits, wenn man die einmaligen durch die Wirthschaft geforderten Ausgaben nicht durch das Kapital, sondern durch das Brutto-Einkommen deckte, würde man während der fraglichen Periode verhungern, jedenfalls seine Bedürfnisse im betreffenden Jahre nicht regelmässig befriedigen. Z. B. ein Fabrikant gewinnt jährlich 10 000 Einkommen von seiner Fabrik. In diesem Jahre will er seine Fabrik reorganisiren oder erweitern, das System der Maschinen wechseln, ein neues Gebäude herstellen u. s. w. Diese ausserordentliche Ausgabe beträgt 10 000. Wenn er nun seinen Consumptionsfond (10000) auf die Reorganisation der Fabrik verwendete, würde er 0 als Consumptionsfond behalten, d. h. seine und seiner Familie Bedürfnisse nicht befriedigen können. Wenn wir voraussetzen, dass die impensa necessaria oder utilis auf die Fabrik 15 000 beträgt, so ist es noch klarer, dass die nichtwiederkehrenden Ausgaben durch das vorräthige oder anzuschaffende Kapital, nicht aber durch das Einkommen gedeckt werden müssen. Daher betrachtet jeder Wirth als sein Einkommen die Summe des periodischen Brutto-Ertrages minus der Summe der periodischen wirthschaftlichen Kosten, d. h. den berechneten Unterschied zwischen beiden Summen, ganz unabhängig davon, ob in der entsprechenden Periode eine nichtwiederkehrende wirthschaftliche Verwendung gemacht wurde oder nicht. Man sagt: der Fabrikant hat in diesem Jahre 10 000 Einkommen erzielt; gleichzeitig hat er in diesem Jahre neue 15 000 von seinem Kapitale in die Fabrik gesteckt (immobilisirt). Das ist die allgemeine Anschauung, welche sich in der entsprechenden Handlungsweise jedes vernünftigen Wirthes äussert. Die periodischen Ausgaben bestreitet man aus dem periodischen Gewinn, für die ausserordent-

lichen Ausgaben macht man auf ausserordentlichem Wege die Mittel flüssig (Anleihe, Ausgabe des vorräthigen Geldkapitals, Verkauf anderweitiger Kapitalstücke). Sowohl in der Wirthschaft der privaten Leute, als auch in der des Staates werden das Ordinarium des Budgets einerseits und das Extraordinarium andrerseits, d. h. die einmaligen Einnahmen und die einmaligen Ausgaben, nach grundverschiedenen Regeln behandelt.

Dass die römischen Juristen dieses Postulat des wirthschaftlichen Lebens in ihre Praxis recipirt haben, ist sehr erklärlich, besonders wenn wir berücksichtigen, dass die Classification der Ausgaben in die Kapital- und Einkommenverwendungen von ihnen hauptsächlich im Gebiete der Dotalverhältnisse entwickelt wurde. Bei den Dotalverhältnissen tritt der wirthschaftliche Zweck der Theilung der Güter in das Kapital und Einkommen besonders klar hervor. Die Früchte der Dos bilden den Consumptionsfond für die Bestreitung der onera matrimonii. Wenn man aber die einmaligen wirthschaftlichen Ausgaben von den Früchten abziehen wollte, so wäre der social-wirtschaftliche Zweck der Dos nicht erreicht, weil die Bestreitung der onera matrimonii gestört wäre. Dagegen wird der Zweck der Dos vollkommen erreicht, wenn nur periodische und alle periodischen Ausgaben die fructus des entsprechenden Jahres mindern (sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est), dagegen die einmaligen Ausgaben das Kapital der Dos belasten.

Sind wir berechtigt, die dem Gebiete der Dotalverhältnisse entnommenen Regeln auf das ganze Gebiet des Fruchtrechtes auszudehnen?

Wir glauben die Frage bejahen zu können. Wir besitzen keinen Beweis, dass bei andern Rechtsverhältnissen impensae fructuum percipiendorum in anderem Sinne interpretirt wären, als es in der l. 7 § 16 D. s. m. cit. und in anderen besprochenen Stellen aus dem Gebiete der Dotalverhältnisse geschieht. Auch bei anderen Rechtsverhältnissen finden wir Zeugnisse, dass die einmaligen Ausgaben, auch wenn ihr nächster Zweck die gehörige Fruchtgewinnung ist, als impensae necessariae, nicht aber als impensae fructuum percipiendorum conservandorumque behandelt werden.[1] Im allgemeinen werden bei verschiedenen Verhältnissen (z. B. beim Kauf,

1) Vgl. den Anhang über die imp. necessariae und utiles.

Erbschaftsanspruch, Pfandvertrag, Vermächtniss . . .) als Beispiele der impensae in rem necessariae die Verwendungen desselben Typus wie die imp. necessariae in dotem angeführt.[1] Dies bestätigt den Satz, dass die periodischen Ausgaben ipso iure bei der Fruchtberechnung in Abzug kommen. Nur wegen der einmaligen Ausgaben wurde oft die Frage erörtert, ob dem Beklagten eine exceptio oder sonst ein Gegenanspruch zu gewähren sei oder nicht.

Einige Quellenzeugnisse, welche wegen der periodischen Verwendungen einen Gegenanspruch gewähren, sind auf die Fälle zu beziehen, wo keine besondere Fruchtberechnung stattfindet, so z. B. bei dem Depositum:

Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur (23. D. dep. 16, 3).

Hier wird vorausgesetzt, dass der Depositar keine Einkünfte vom deponirten Sclaven gewonnen hat. Sonst wären die fructus servi deducta impensa geschätzt, d. h. die Ernährung des Sclaven nur als ein Subtractionsposten in Betracht gezogen.

Auf denselben Fall bezieht sich die l. 38 § 1 D. de act. empt. 19, 1:

Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.

Der Ausdruck indemnitatem servare deutet darauf hin, dass der Verkäufer die Kosten der Ernährung des Sclaven durch die Früchte von demselben nicht gedeckt hat. Er ist auch nach dem Annahmeverzug seitens des Käufers zur Ausnutzung des Sclaven nicht verpflichtet.

Dass die cibaria auch bei dem Kauf gegen die operae servi aufgerechnet werden, nicht aber als impensae necessariae im technischen Sinne gelten, erfahren wir aus der l. 30 § 1 D. de aed. ed. 21, 1:

Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emptor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehendendas Pedius; sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.

In Bezug auf einzelne Arten der periodischen Ausgaben haben

1) Vgl. z. B. l. 13 § 22 D. de act. empt. 19, 1; l. 39 D. H. P. 5, 3; l. 8 pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 25 eod.; l. 58 l. 61 D. de leg. I.

wir ferner Zeugnisse allgemeiner Natur, dass sie bei der Berechnung des reinen Einkommens von den Römern in Betracht gezogen wurden. Auf die Steuern und andere öffentlichen periodischen Abgaben (functiones) bezieht sich die l. 20 § 4 C. de agric. cens. 11, 48:

Sin autem fideiussione cessante ad sequestrationem res veniat et pecuniae deponantur ex earum summa tantam iudices separare, quanta ad publicas sufficiat functiones, et eam disponere dominum accipere, quatenus ipse eam persolvens publicas accipiat securitates: reliqua quantitate, quae in reditus puros remanet, in tuto collocanda et litis terminum expectante.[1]

Dass nach der allgemeinen Regel die von den Schulden zu zahlenden Zinsen onus fructuum des ganzen Vermögens bilden, beweist l. 60 § 2 D. ad sctum. Treb. 36, 1.[2]

Den wichtigsten allgemeinen Beweis aber für die Bedeutung der periodischen Ausgaben für den Fruchtbegriff sehen wir namentlich in den Regeln über die Substitution. Wir haben uns überzeugt, dass diese keine Eigenthümlichkeit des Niessbrauches, sondern eine allgemeine Erscheinung des Fruchtrechtes ist; daher können wir die Regeln der Substitution auch zu entsprechenden allgemeinen Schlüssen benutzen. Die Erhaltung des Kapitals durch die regelmässige Substitution ist nun so eng mit dem Fruchtbegriff verbunden, dass ein abgehendes Kapitalstück erst dann zur Frucht wird, wenn das Kapital durch ein anderes Stück ergänzt ist. Hier sehen wir die eigenthümliche Erscheinung, dass die Einkünfte ohne jede Schätzung und Berechnung durch die Thatsache der Substitution selbst gleichsam deducta impensa substitutionis gewonnen werden. Die Substitution gehört aber zu den periodischen Verwendungen auf die Erhaltung des Kapitals, ebenso wie die jedes Jahr wiederkehrende Reparatur der Maschinen, der Zäune, der Gräben, der wirthschaftlichen Gebäude. Der Unterschied besteht nur darin, dass bei den Heerden, Baumgruppen etc. die Erhaltung des Kapitals durch die Substitution in gewissen Verhältnissen durch eine dingliche Sanction die Frucht belastet.

Die Reparatur der Gebäude etc. kann rechtlich nicht so unmittelbar mit dem Fruchtbegriff verbunden werden. Es bleibt aber die gemeinsame ratio iuris und der gemeinsame wirthschaftliche Grund, diese Verwendungen bei der Berechnung des reinen Einkommens als eine Last der Früchte zu behandeln.

1) Vgl. § 3 eod.

2) Nähere Erklärung der Stelle vgl. unten § 15.

Andererseits wissen wir aus den Regeln der Substitution, dass, wenn das Kapital einen nicht wiederkehrenden Abgang erleidet, die Erscheinung in ihrer positiven und negativen Wirkung nicht auf das Einkommen, sondern auf das Kapital bezogen wird.

Nicht ganz ohne Bedeutung für uns sind auch die Regeln über die Verwendungen bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei welchen ein Kapital, so zu sagen, von zwei Wirthen bewirthschaftet wird. Dahin gehört z. B. der usus und der usus fructus. Hier entsteht zwar eine andere Frage in Bezug auf die Verwendungen, als die uns unmittelbar interessirende; es handelt sich nämlich hier darum, zu bestimmen, welche wirthschaftlichen Handlungen und Verwendungen von der einen, und welche von der andern Person vorgenommen werden sollen. Immerhin können wir die Regeln über die Verwendungen beim Niessbrauche und beim Gebrauchsrechte als eine bestätigende Analogie benutzen, indem auch hier die periodischen Verwendungen zum Wirthschaftsgebiet des Nutzungsberechtigten, die einmaligen dagegen zum Wirthschaftsgebiet des Kapitalberechtigten gehören. Es ist eine neue Form, in welcher die periodischen Verwendungen als impensae fructuum percipiendorum auftreten. Ueber wirthschaftliche Pflichten des Niessbrauchers heisst es in der l. 7 § 2 D. de usu fr. 7, 1:

Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi scribit Celsus libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. et ita Marcellus libro tertio decimo scribit.[1]

Der Fruchtgewinn wird hier einfach als Grund für das Tragen von periodischen Lasten aufgestellt. Dies bezeugt, wie enge in der Anschauung der römischen Juristen der Begriff der Früchte mit dem Begriff der periodischen wirthschaftlichen Ausgaben verbunden ist. Auch die periodische Alimentenleistung wird als eine Pflicht

1) Vgl. l. 64, 65 D. eod.

des Fruchtberechtigten behandelt, obgleich sie gar nichts mit der eigentlichen Wirthschaft zu thun hat. Besonders bezeichnend in dieser Beziehung ist der in der l. 27 § 3 de usufr. angegebene Grund, warum der Niessbraucher die Steuern und die andern öffentlichen Abgaben zu tragen hat:

Nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere: solent et fisco fusiones praestare.

Derselbe Charakter der Periodicität wohnt den andern Lasten, welche dem Niessbraucher aufgelegt sind, bei (regelmässige Cultur, Ernährung und Heilung der Sclaven und der Thiere, Reparatur der Gräben und Dämme, Substitution etc.). [1]

Analoge Pflichten wie dem Niessbraucher, liegen auch demjenigen ob, welcher beschränkteres Nutzungsrecht (usus, habitatio, operae servorum vel animalium) ausübt. [2] In der l. 13 § 2 D. de usu fr. 7, 1 werden die Pflichten des Niessbrauchers ausdrücklich auf den Usuar ausgedehnt. Auf die analogen Pflichten bei habitatio, usus, operae und usus fructus weist der analoge Inhalt der Caution, welche dem Proprietar bei allen diesen Rechten bestellt wird (l. 5 § 3 usufr. quemadm. 7, 9). Nur werden die Lasten der Sache zwischen dem Usuar und den andern Personen, dem Niessbraucher, dem Proprietar, nach Massgabe des Nutzens getheilt, wenn die Nutzung zwischen ihm und den andern getheilt ist (l. 18. D. de usu 7, 8).

---

1) L. 13 § 2; l. 15 § 2; l. 45 D. eod. Eine klare und genaue Formulirung des allgemeinen Charakters der dem Niessbraucher obliegenden Lasten finden wir bei Dernburg I § 248 sub 2: „Immerhin beschränkt sich dies auf mässige Aufwendungen. Insbesondere liegen ihm (dem Niessbraucher) die laufenden Ausgaben ob, welche regelmässig Jahr aus Jahr ein, wenn auch unter verschiedenen Formen wiederkehren. Aufwendungen von aussergewöhnlichen Dimensionen, z. B. die Kosten einer Hauptreparatur der Niessbrauchsgebäude, sind Sache des Proprietars.“ Sehr ungenau spricht sich Windscheid (I § 204 Text zur N. 3 und 4) über die Frage aus; ein ordentlicher Mann macht auf seine eigene Sache viele solche Aufwendungen, welche dem Niessbraucher niemals obliegen. Nur für die periodischen Kosten und Lasten ist seine Formulirung richtig. Insbesondere ist zweifellos nach dem römischen Recht die Regel begründet, nach welcher einmalige öffentliche Lasten z. B. die Contribution im Kriegsfall den Proprietar treffen soll (vgl. Dernburg eod. N. 27), und zwar u. E. auch dann, wenn die Summe der Contribution den jährlichen Gewinn des Niessbrauchers nicht übersteigt. Die Mässigkeit der Ausgaben wird von den römischen Juristen zwischen vielen andern Kriterien nur darum hervorgehoben, weil sie die am häufigsten zutreffenden Merkmale (in Ermangelung der theoretischen Erkenntnis eines genauen allgemeinen Princips) aufzustellen suchen. (l. 15 D. de imp. l. 3 § 1 eod.).

2) Vgl. Windscheid I § 207 Note 9.

Uebrigens ist zu bemerken, dass die Vertheilung der Lasten zwischen dem Nutzungsberechtigten und dem Kapitaladministrator, je nachdem die Lasten zu den periodischen oder einmaligen gehören, kein directer und zwingender Beweis dafür ist, dass die periodischen Verwendungen impensae fructuum percipiendorum sind. Dies sind zwei analoge, aber verschiedene Erscheinungen. Die wirthschaftlichen Lasten können zwischen zwei Wirthen nicht nur nach ihrer Regelmässigkeit, sondern auch nach andern Grundsätzen getheilt werden. Dem Kapitaladministrator kann auch die Besorgung gewisser periodischer Lasten aufgelegt werden, wenn er dazu geeigneter erscheint. Der Besitzer eines Miethshauses macht gewöhnlich die periodischen Reparaturen in den Wohnungen selbst, weil diese von den einzelnen Miethern nicht so einheitlich und billig besorgt werden könnten. Der Administrator eines Landgütercomplexes kann mit den Pächtern verabreden, dass er die Zuckerrüben selbst säen und nur die übrige Cultur derselben den Pächtern überlassen wird, weil er die Interessen seiner Zuckerfabrik sichern will. Der Verpächter einer Viehheerde (z. B. des Gewinnes an Milch) kann den Stall selbst im Stande halten und das Vieh füttern. In dieser Weise können dem Fruchtberechtigten nur gewisse periodische Kosten auferlegt werden (z. B. die Reinigung und sonstige Besorgung der Ordnung). Gewöhnlich tragen die Pächter der Grundstücke, der Fabriken und anderer Wirthschaftscomplexe alle periodischen Ausgaben, welche mit der eigentlichen Production verbunden sind (Remonte etc.). Dagegen werden die öffentlichen Lasten oft den Eigenthümern auferlegt, welche dem Staate mehr Sicherheit gewähren. Darum ist der Satz: quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque etc. (l. 7 § 2 cit.) zu keinen allgemeinen Schlüssen zu benützen. Aus den römischen Regeln über die Pacht können wir nur entnehmen, dass der Pächter im allgemeinen die periodischen mit der eigentlichen Wirthschaft verbundenen Kosten zu tragen hatte, dass aber die Hauptrolle bei der Vertheilung der Lasten der ausgedrückte oder muthmassliche Parteiwille und die Gewohnheiten des Ortes spielten [1]:

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret.

---

1) Vgl. l. 19 l. 8 C. de loc. 4, 65.

praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat (l. 25 § 3 D. loc. 19, 2).

Item prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur (l. 11 § 2 eod.)

Fundi deterioris facti et cultura non exercitati et aedificiorum non refectorum culpam arbitrio iudicis domino a conductore sarciri oportet (Pauli Sent. II, 18, 2).

Also auch hier liegt die gewöhnliche Instandhaltung des Kapitals dem Fruchtberechtigten ob.

Bei andern Mieths- oder Pachtbedingungen (andern Kontractsbestimmungen, andern Ortsgewohnheiten, der Miethe eines realen Theiles der Sache) kann die gewöhnliche Instandhaltung des Kapitals in gewissen Grenzen auch dem Eigenthümer zur Last fallen.[1] Die öffentlichen Lasten sind nach dem römischen Recht gewöhnlich vom Vermiether und Verpächter zu tragen.[2] Uebrigens wird auch hier der stillschweigende Parteiwille und das Gewohnheitsrecht des Ortes und der Art der Pacht berücksichtigt. (Arg. l. 20 § 3 C. de agr. cens. 11, 48; l. 32 § 6 D. de adm. tut. 26, 7).

Die Thatsache, dass die periodischen Ausgaben zwischen dem Verpächter und dem Pächter getheilt werden können, erschüttert keineswegs den von uns vertheidigten allgemeinen Satz, dass die periodischen Ausgaben immer das Einkommen mindern. Das Einkommen bedeutet ein subjectives Verhältniss der Güter zu dem Wirthe. Dass die Sache objectiv gewisse periodische Lasten z. B. die Steuern mit sich bringt, hat für den Begriff des Einkommens von dieser Sache einem Wirth gegenüber keine Bedeutung, wenn die Lasten seine Person nicht treffen, sondern aus irgend welchem Grunde von Anderen getragen werden. Wenn der Verpächter

1) l. 15 § 1 D. loc. 19, 2; eine ungenaue Regel stellt die moderne Literatur auf, welche die oben citirten Stellen übersehen hat, indem sie nämlich dem Vermiether und dem Verpächter ganz allgemein die Erhaltung des Kapitals in gutem Zustand auferlegt; vgl. z. B. Windscheid II § 400 zur N. 8. Für die römischen Verhältnisse war diese Regel sehr ungenau; für das moderne gemeine Recht ist sie gar ein auffallender Anachronismus; gewohnheitsrechtlich sind die modernen Pächter zu viel selbständigeren Wirthen geworden, als sie im römischen Staate waren. Kein praktischer Richter würde entscheiden, dass der Verpächter einer Fabrik oder eines Landgutes die gewöhnlichen Reparaturen der Maschinen, der Gebäude etc. zu besorgen hat. Sonst müsste bei einer verpachteten Fabrik ein ganzer Staat von Beamten und Arbeitern des Verpächters neben denjenigen des Pächters ständig fungiren. Die Betriebswerkstätten ständen unter der Verwaltung des Pächters, die Remontewerkstätten (die Schmieden, Schlosserwerkstätten etc.) unter der Verwaltung des Verpächters, ein wirthschaftlich absurdes Verhältniss.

2) L. un. § 3 D. de via publ. 43, 10; Dernburg II § 111 N. 16; Windscheid § 400 N. 11.

1000 an Pachtzins jährlich bekommt, dabei aber 100 an Steuern zahlen muss, so sind 1000 für ihn seine Brutto-Einnahme, 900 sein Reineinkommen:

Sin autem moris erat dominos totam summam (Pachtzins als Brutto-Einkommen) accipere et ex ea partem quidem in publicas vertere functiones, partem autem in suos reditus (ihr Reineinkommen, im folgenden Paragraph reditus purus genannt) habere, tunc si quidem fideiussor a colonis detur ... (l. 20 § 3a C. de agr. 11, 48).

Wenn dagegen die Steuern vom Pächter gezahlt werden, so zieht dieser 100 von seinem Einkommen ab.

Vom Standpunkt der Billigkeit macht es keinen grossen Unterschied, ob der Staat von den Früchten des Verpächters oder des Pächters die Steuern entnimmt. Denn danach richtet sich der Pachtzins. Wo die Abwälzung der Steuern nicht geschah, suchte der römische Fiskus namentlich diejenigen mit denselben zu belasten, welchen das Einkommen gehörte (Niessbrauch etc.). Eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes finden wir in der l. 8 C. de agric. 11, 48. Hier handelt es sich nicht um die Einkünfte von den Sachen, sondern um Personaleinkünfte, um den Gewinn aus den operae, quaestus. Wenn nämlich der Nutzen der operae eines colonus fugitivus dem Gutsbesitzer, zu dem der colonus geflohen ist, zu Gute kam, so musste der Gutsbesitzer die Kopfsteuer bezahlen. Wenn dagegen der profuga aus seinen operae für sich die Einkünfte gewann, z. B. als Lohnarbeiter bei dem Gutsbesitzer, so musste der Flüchtige selbst dem Staate die Steuer entrichten. Hier bilden die Steuern onus des quaestus (der persönlichen Einkünfte) wie bei den Einkünften vom Kapital onus fructuum.

§ 12. β. Schätzung der Einkommenverwendungen.

Wenn Jemand für sich das Einkommen berechnet, zieht er gewöhnlich die durch die Wirthschaft verursachten wiederkehrenden Verwendungen im vollen Umfange ab. Wenn man dagegen einer Gegenpartei Rechenschaft von der Einkommensgewinnung ablegt, kann man die Verwendungen natürlich nur in dem Umfange berechnen, in welchem sie wirklich als gerechtfertigt erscheinen. Wenn man durch eigene Schuld mehr ausgegeben hat, als man bei genügender Sorgfalt hätte thun sollen, so kann man mit den

Folgen seiner Nachlässigkeit die Gegenpartei nicht belasten. Darum heisst es: hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest. Denselben Sinn hat der Satz: et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intelligitur, ita et in operis servorum. Das Wort necessariis muss man nicht in dem Sinne verstehen, als ob es sich um die impensae necessariae im technischen Sinne handelte. Diese bleiben ohne Einfluss auf den Begriff des reinen Einkommens, obgleich sie mit demselben unter Umständen compensirt werden können. Der Ausdruck necessariae impensae bedeutet dasselbe wie iusti sumptus, d. h. die periodischen Verwendungen, welche wirklich nothwendig waren, welche man als iusti sumptus vom Brutto-Einkommen abziehen darf. Wo die Grenze von iusti sumptus liegt, wird bei verschiedenen Rechtsverhältnissen nach verschiedenen Massstäben beurtheilt werden müssen. In den Rechtsverhältnissen, wo der Fruchtpflichtige für die Sorgfalt des ordentlichen Wirthes haftet, sind als iusti sumptus nur diejenigen Ausgaben zu behandeln, welche ein ordentlicher paterfamilias für gerechtfertigt erachtet. Wo man die diligentia quam suis rebus prästirt, darf man die Schätzung derjenigen Ausgaben fordern, welche man in eigener Wirthschaft gemacht hätte u. s. w. Diese Unterschiede in der Anwendung des Begriffes iusti sumptus sind in der Lehre von den Fruchtprästationen genauer zu erörtern und nachzuweisen. Jetzt werden wir von der Voraussetzung ausgehen, dass die gemachten Verwendungen im vollen Umfange gerechtfertigt sind.

Wie sind die Verwendungen zu schätzen?

Es sind drei Arten von Verwendungen zu unterscheiden:

A. Man verbraucht für die periodischen Bedürfnisse der fremden Wirthschaft sein Geld oder sonstige Kapitalien (Betriebskapitalausgaben). Bei Geldausgaben fällt die Schätzung gänzlich weg. Hier ist nur die Addition erforderlich. Bei sonstigen Materialien muss der Preis derselben ermittelt werden. Dies ist selbstverständlich und braucht nicht näher nachgewiesen zu werden. Uebrigens können wir als argumentum den § 30 I. de rer. div. 2, 1 anführen (nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum ...)[1].

B. Man gebraucht in der fremden Wirthschaft eigene Kapitalien (Verwendungen vom stehenden Kapital), z. B. man bestellt das fremde Grundstück mit eigenen Arbeitsthieren und

1) Vgl. l. 7 § 12 D. de a. r. d. 41, 1.

eigenem Ackergeräth. In Rom, wo man nicht die Lohnarbeiter, sondern die Sclaven als Arbeitskraft bei der Production gebrauchte, musste man eine besondere Schätzung dieser Art der Verwendung vornehmen. Wie ist nun zu ermitteln, wieviel der Gebrauch eines Pfluges, oder eines Pferdes zu dem Gewinn beigetragen hat? Durch theoretische Erwägungen ist kaum eine befriedigende Lösung der Frage zu erzielen. Die Wirthschaftstheorie lehrt, dass man die Abnutzung des Kapitals, die Zinsen von demselben und den gewöhnlichen Unternehmergewinn berechnen muss. Das ist eben eine Theorie, welche für einen Richter oder sonst einen Praktiker die Aufgabe ziemlich wenig erleichtert. Wenn wir voraussetzen, dass ein Besitzer eines fremden Landgutes für die Bebauung desselben jedes Jahr die wirthschaftlichen Maschinen vom eigenen Gut herüberbringt,[1] so sehen wir sogleich ein, dass die praktische Anwendung der obigen Theorie absolut unmöglich ist. Wer kann praktisch berechnen, wieviel Werth das Kapital durch den Gebrauch verloren hat? Auch in dem Falle, wenn der Besitzer eigene Kapitalien nur in fremden Interessen gebraucht, kann man auf Grund der allgemeinen Theorie zu keinem befriedigenden Ergebnisse kommen. Es muss eine praktische Methode dem Richter in die Hand gegeben werden, damit er in dieser wichtigen und schwierigen Frage nicht auf Irrwege gerathe. Denkbar wären folgende zwei Methoden:

1. Man könnte die Kosten berechnen, welche die Unterhaltung und der Gebrauch des Kapitals thatsächlich nach sich gezogen haben. Wenn also der Besitzer eines fremden Grundstückes seine Pferde zur Bebauung desselben gebraucht, so würde man die Kosten der Fütterung etc. berechnen und von dem Brutto-Ertrag abziehen. Diese Methode ist zwar einfach, aber im höchsten Grade unbillig, weil sie eben die Abnützung des Kapitals und den Kapitalszins nicht berücksichtigt.

2. Das praktische Leben, der Verkehr, hat vielmehr eine andere Methode ausgebildet, welcher zwar keine abstracte Theorie zu Grunde liegt, welche aber im praktischen Endergebnisse das Richtige trifft. Diese Methode besteht nämlich in der Berechnung der Verwendung nach dem Miethzins des Kapitals. Wenn Jemand in seinem Hause ein Handelsgeschäft betreibt und berechnen will, wieviel Reineinkommen er im Jahre vom Handel gewonnen hat,

1) Vgl. l. 4 D. de instr. leg. 33, 7.

zieht er vom Brutto-Einkommen unter anderen Verwendungen auch den für den Kaufladen gewinnbaren Miethzins ab. In dem ortsüblichen Miethzins ist ebensowohl der übliche Kapitalzins, wie der Werth der Abnutzung des Kapitals und der übliche Unternehmergewinn (der Vermiethung) erfahrungsmässig berechnet. Je mehr eine Sache sich durch den Gebrauch abnützt, oder im allgemeinen mit der Zeit an Werth verliert, desto höher ist ceteris paribus der übliche Miethzins für dieselbe. Andererseits steigt oder fällt der Miethzins ceteris paribus je nach dem Werthe des Kapitals, damit der Vermiether in dem Miethzins auch die üblichen Procente vom Werthe des Kapitals erhält. Uebrigens berechnet man die Verwendung durch den Gebrauch des stehenden Kapitals nicht immer nach dem ortsüblichen Miethzins desselben. Wenn man nach persönlichen Verhältnissen für die gebrauchte Sache einen höheren Miethzins gewinnen könnte als den ortsüblichen, so zieht man den höheren Miethzins (den ortsüblichen Miethzins plus dem persönlich gewinnbaren höheren Unternehmergewinn) ab. Denn diesen Miethzins, aber nicht den ortsüblichen hat man für die Production geopfert.

Bei den Civilrechtsverhältnissen ist ein dreifacher Massstab für die Schätzung des Miethzinses möglich:

1. Man kann von dem Brutto-Einkommen wegen des Gebrauches eines Kapitalstückes denjenigen Miethzins abziehen, welchen der Gläubiger oder der Eigenthümer für den Gebrauch der Sache bezahlen müsste. Wenn also z. B. der Besitzer eines fremden Gutes seine Dreschmaschine für die Gewinnung der Früchte gebraucht hat, so könnte der Eigenthümer sagen, dass er für die Dreschmaschine so viel vom Brutto-Einkommen abzuziehen erlaube, wieviel er selbst für eine solche Dreschmaschine an Miethzins bezahlen müsste. Vielleicht könnte er nach seinen Verhältnissen eine solche Maschine sehr billig miethen.

2. Ferner könnte man den ortsüblichen Miethzins schätzen.

3. Endlich kann man denjenigen Miethzins berechnen, welchen der Schuldner nach seinen persönlichen Verhältnissen für das Kapitalstück gewinnen könnte, wenn er dasselbe in fremden Interessen nicht gebraucht hätte. In dem normalen Falle, welchen wir vorausgesetzt haben, nämlich in dem Falle, wo die Wirthschaft des Schuldners und seine Verwendungen gerechtfertigt erscheinen, wird der dritte Masstab angewendet. Wenn nämlich der Fruchtpflichtige nachweist, dass er einen höheren als den ortsüblichen

Miethzins durch den Gebrauch seiner Sache in fremden Interessen verloren hat, so darf er diesen höheren Miethzins vom Brutto-Einkommen abziehen. Der zweite Massstab (der ortsübliche Miethzins) kommt nur subsidiär in Betracht, nämlich dann, wenn der Fruchtpflichtige den Verlust eines höheren Miethzinses nicht nachzuweisen vermag. Dass diese Art der Schätzung der Billigkeit entspricht, leuchtet ein. Denn sonst hätte der Fruchtpflichtige seine gerechtfertigte Verwendung nur zum Theil ersetzt bekommen. Dass nach dem römischen Recht die Verwendung durch den Gebrauch des stehenden Kapitals namentlich nach dem angegebenen Grundsatz geschätzt wird, werden wir erst in der Lehre von den Fruchtprästationen nachweisen können.

C. Ebendaselbst werden wir die festen Grundlagen für die Lösung der letzten wichtigen Frage gewinnen, ob der Werth der persönlichen Thätigkeit des Fruchtpflichtigen bei der Fruchtgewinnung geschätzt, und nach welchen Grundsätzen er geschätzt wird. Dort werden wir nämlich zu zeigen versuchen, dass der Fruchtpflichtige vom Brutto-Einkommen denjenigen Miethzins, dasjenige Honorar etc. abziehen darf, welche er gewinnen könnte, wenn er sich den fremden Interessen nicht gewidmet hätte, d. h. er zieht vom Brutto-Einkommen jedes Jahres die von ihm geopferten persönlichen Einkünfte (quaestus) ab. Natürlich wird diese Regel im Falle der ungerechtfertigten Verwendung modificirt. Ebenso selbstverständlich ist es, dass sie ganz wegfällt, wenn eine unentgeltliche Thätigkeit versprochen wurde.

B. Aktiva der Früchte.

§ 13. α. Fructus percepti.

In der Lehre vom Begriff der Früchte, als der Brutto-Einkünfte, haben wir gezeigt, dass zu den Früchten in diesem Sinne alle periodischen obventiones gehören, ohne Rücksicht darauf, ob es sich wirthschaftlich lohnt, die betreffenden Erträgnisse zu produciren oder zu sammeln. Auch das Unkraut kann danach Frucht sein. Die Frage nach dem wirklichen Nutzen der Producte und nach dem Gewinn von den Producten hat dort absolut keine Bedeutung. Die gemeine Theorie von der wirthschaftlichen Bestimmung der Sache, ebenso wie die übliche generische Bezeichnung der Früchte als des Nutzens von der Sache ist falsch. Auch die „wider die wirthschaftliche Bestimmung" der Sache zum Schaden der Wirthschaft von derselben erzeugten Dinge können als Frucht erscheinen.

Unter denjenigen Begriff der Frucht, welchen wir jetzt untersuchen, fallen natürlich die werthlosen Producte nicht. Denn es handelt sich um die in Geld geschätzten Naturaleinnahmen. Die Schätzung der werthlosen Dinge ergiebt aber eine Null. Der Richter, welcher das Reineinkommen zu ermitteln hat, wird die Schätzung der werthlosen Erträge gar nicht vornehmen, und die Parteien werden dies nicht fordern. Jede Production, nicht nur die Landwirthschaft, ergiebt mit den Producten von Werth, auch geringere oder grössere Mengen von werthlosen Abfällen, welche bei der Berechnung des Reineinkommens gar nicht in Betracht kommen.

Zum Reineinkommen gehören zweitens auch diejenigen Producte nicht, welche an sich zwar nicht ohne Werth sind, deren

Gewinnung aber Kosten verursacht, welche ihren Werth übersteigen. Dadurch wird die Aufgabe der Einkommenschätzung bedeutend vereinfacht. Der Eigenthümer wird gegen den Besitzer seines Landgutes nicht geltend machen, dass dieser Nüsse, Fichtenzapfen, Eicheln, Beeren, Nesseln, Blumen, verschiedene Heilkräuter, Pilze etc. gewonnen hat, oder gewinnen konnte, wenn das Landgut keinen reinen Gewinn an solchen Producten gewährt. Von der ganzen Masse von Productenarten wird bei der Einkommenschätzung nicht einmal ein Procent in Betracht kommen. Sonst müsste man grosse botanische, mineralogische etc. Kataloge haben und über die gewinnbaren Früchte eines Landgutes Monate verhandeln. Von jedem Grundstück könnte man ein beträchtliches botanisches, zoologisches und mineralogisches Museum ansammeln, und doch kann nur eine oder keine Art von Mineralerzeugnissen etc. unter den fructus bei der Schätzung des gewonnenen oder gewinnbaren reinen Einkommens figuriren. Dabei aber darf man nicht denken:

1. Dass zu den zu schätzenden fructus percepti (oder percipiendi) nur diejenigen Producte gehören, an welchen das Grundstück ein ständiges Reineinkommen gewährt. Das Einkommen ist keine ständige und regelmässige Erscheinung im objectiven Sinne. Man kann auch eine solche Production betreiben, welche nur in günstigen Jahren Reingewinn bringt, wenn die Production im Ganzen doch vortheilhaft ist; die günstigen Jahre können die erlittenen Verluste durch grossen Gewinn decken.

2. Dass die Höhe des Reingewinnes von entscheidender Bedeutung sein kann. Ein ordentlicher Wirth verschmäht auch den geringeren Nutzen nicht. Bei einem Landgut kann man vom Ackerbau jährlich 10000 gewinnen, und doch eine Einkommensquelle, welche 10 bringt, nicht verschmähen. Zu den Einnahmen von einem grossen Forst kann auch die Einnahme von Nüssen oder Pilzen gehören, wenn z. B. eine grosse Stadt in der Nähe ist, so dass die Gewinnung von Pilzen oder die Verpachtung derselben einen reinen, wenn auch verhältnissmässig kleinen Gewinn bringt. Darum können unter besonderen Umständen als fructus percepti auch diejenigen Producte geschätzt werden, welche unter gewöhnlichen Umständen gar nicht in Betracht kommen. Was bei dem einen Grundstück als nutzloser Abfall oder werthloses Product gilt, kann bei einem andern Grundstück unter den fructus percepti geschätzt werden.

Andererseits können diejenigen Producte, welche gewöhnlich

als fructus percepti geschätzt werden, unter Umständen zu den fructus nicht gerechnet werden. So können die gewonnenen Weintrauben zu den fructus nicht gehören, wenn der Besitzer den Weinbau zu seinem Vergnügen oder sonstigen Zwecken betrieben hat, obgleich nach der Art des Grundstückes oder der Strenge des Klimas von einem wirthschaftlichen Gewinn (Reineinkommen) keine Rede sein kann.

Durch die obigen Bemerkungen erklärt sich sehr einfach die berüchtigte l. 26. D. de usuris 22, 1:

Julianus libro sexto ex Minicio. Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

Man hat daraus eine Menge von falschen Schlüssen über die venatio als Frucht oder Nichtfrucht gezogen. Man sucht die Stelle dadurch zu erklären, dass das Grundstück nicht aus sich selbst (ex ipso corpore) die Jagdthiere gewährt, sondern nur eine Gelegenheit (occasio) zum Erwerb giebt.[1] Diese Stelle unter anderem hat auch die falsche Lehre unterstützt, dass die Frucht der Nutzen ist, durch dessen Gewährung die wirthschaftliche Bedeutung der Sache bestimmt wird u. s. w. Wir werden nicht alle vorgeschlagenen Erklärungen und Theorien anführen; nur so viel ist zu bemerken, dass sie alle in die Stelle etwas eintragen, was dort nicht ausgesprochen ist. Auch die u. E. am meisten plausibele Auslegung, nach welcher die Jagd zu den Früchten des Grundstückes dann gehört, wenn sie eine regelmässige Einnahmequelle bildet,[2] kann durch den Wortlaut der Stelle nicht begründet werden.

Um den Sinn der Stelle herauszufinden, ist zunächst zu bemerken, dass sie prima facie eine sinnlose Tautologie, ein leeres Wortspiel enthält. Denn sie scheint nichts mehr zu besagen, als dass die Jagd Frucht des Grundstückes ist, wenn sie Frucht des Grundstückes ist. Derartige Aussprüche, in welchen ein Wort durch dasselbe Wort erklärt wird, haben nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn das Wort in verschiedenen Theilen des Ausspruches eine verschiedene Bedeutung hat[3]. Wir haben vor uns also nur ein Dilemma: entweder hat die Stelle keinen Sinn, oder das Wort fructus ist in zwei verschiedenen Bedeutungen gebraucht.

1) Ihering a. a. O. S. 7; Mommsen a. a. O. S. 60.
2) Vgl. Dernburg I § 78 zur N. 5.
3) Vgl. z. B. l. 14 § 7 D. de aed. ed. 21, 1: Mulierem ita artam, ut mulier fieri non possit . . .

Alle anderen Erklärungen fallen fort. Nun wissen wir, dass das Wort fructus im römischen Recht zwei grundverschiedene Begriffe darstellt, weil den Römern besondere Ausdrücke für die Begriffe Brutto- und Reineinkommen fehlten. Das Wort fructus muss also in der Stelle einmal im Sinne des Reineinkommens gebraucht sein. Wenn aber dort vom Reineinkommen die Rede ist, so kann die Stelle nur folgendermassen übersetzt werden: der Ertrag der Jagd wird (bei der Feststellung des Reineinkommens) gar nicht als fructus (der zu schätzende Brutto-Gewinn) mitberücksichtigt, wenn das Grundstück kein Reineinkommen durch die Jagd gewährt. Nur dieser einfache und practische Sinn ist in der Stelle enthalten. Dass die Jagd zu den Früchten nicht gehört, weil das Grundstück die Jagdthiere aus sich selbst nicht erzeugt, sondern nur eine occasio zum Jagen giebt, ist in der Stelle mit keinem Wort angedeutet. Im Gegentheil widerspricht sie dieser Theorie direct, weil sie die Jagd unter Umständen doch als Frucht betrachtet. Ebensowenig ist dort gesagt, dass die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstückes im Gewähren eines Jagdgewinnes bestehen muss, dass die Jagd den einzigen[1] oder hauptsächlichen Ertrag vom Grundstücke bilden muss. Ueberhaupt hat die Stelle nicht für die Jagd speciell, sondern für alle Arten der Einkünfte eine gleiche Bedeutung. Ebenso ist richtig, dass die gewonnenen oder gewinnbaren Beeren, Pilze, Weintrauben etc. zu den fructus percepti oder percipiendi nicht gehören, wenn das Grundstück durch diese Producte keinen reditus purus bringt.

Im corpus iuris giebt es sehr viele solche Stellen, wo die Worte fructus, reditus zugleich in doppeltem Sinne gebraucht sind; andere Stellen können nur dann richtig verstanden werden, wenn man ermittelt, welche von den beiden Bedeutungen durch die Worte reditus, fructus im concreten Falle gemeint ist. Eine der l. 26 cit. analoge Stelle, welche die obige Interpretation bestätigt, ist die l. 12 § 12 D. de instr. leg. 33, 7:

Si in agro venationes sunt, puto venatores quoque et vestigatores et canes et cetera quae ad venationem sunt necessaria, instrumento contineri, maxime si ager et ex hoc reditum habuit.

Auch diese Stelle kann nur dann richtig verstanden werden, wenn wir berücksichtigen, dass das Wort reditus das reine Einkommen bedeutet. Die Möglichkeit des Brutto-Gewinnes wird

1) Janke, a. a. O. S. 7 am Ende.

durch das Vorhandensein der venationes in den Anfangsworten angedeutet. Es wird aber ein noch günstigerer Umstand berücksichtigt: „wenn die Jagd auch einen reinen Gewinn (übrigens einen Nebengewinn, et ex hoc) bringt".

Aus der l. 26 D. de usuris ergiebt sich noch eine wichtige Folge. Wenn der Fruchtpflichtige eine solche Art der Production betrieben hat, welche seinem Vergnügen, wissenschaftlichen Experimentalzwecken etc. diente, bei welcher aber von wahrem wirthschaftlichen Gewinne keine Rede sein konnte, so kann er auch die dadurch verursachten Verwendungen nicht in die Rechnung einstellen. Ebenso wie sein Bruttogewinn nicht geschätzt wird, weil er zu den fructus percepti nicht gerechnet wird, ebenso sind seine Verwendungen keine impensae in fructus factae. Die unwirthschaftliche Production wird in ihren positiven und negativen Ergebnissen gänzlich ignorirt.

Von der wirthschaftlich zwecklosen Production ist scharf die misslungene Production zu unterscheiden. Wenn die Production nach Grundsätzen eines ordentlichen Wirthes (diligentia boni patris familias oder quam suis rebus etc. — je nach dem Rechtsverhältniss) als gerechtfertigt erschien, z. B. wenn die Jagd in früheren Jahren einen reinen Gewinn eingebracht hat (si ager et ex hoc reditum habuit), so werden ebenso die positiven wie die negativen Ergebnisse (z. B. die Kosten der Unterhaltung des instrumentum venationis) bei der Einkommenschätzung immer berücksichtigt. In den Jahren, in welchen die Jagd Verlust gebracht hat, werden doch der Brutto-Ertrag als fructus percepti und die Kosten als impensae in fructus factae geschätzt. Das sich ergebende Minus belastet das übrige Einkommen vom Grundstück. Dieser Grundsatz wird ebenso nothwendig durch gesunde wirthschaftliche Politik und Billigkeit gefordert, wie die Ignorirung der unwirthschaftlichen Production, der Phantasien und Experimente.

Die römischen Juristen haben auch die Frage nach der misslungenen, aber gerechtfertigten Production vorgesehen und eine ebenso sachgemässe Entscheidung, wie über die unwirthschaftliche Production, getroffen:

Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur, quia totius anni unus fructus est (l. 8 D. s. m. 24, 3).

§ 14. *β.* Schätzung der fructus percepti.

Wir haben uns überzeugt, dass bei der Ermittelung des Reineinkommens, d. h. hauptsächlich in dem Gebiete der Fruchtprästationen, vieles zu den fructus nicht gehört, was beim Erwerb der Brutto-Erträgnisse als fructus gilt.

Zwischen dem Begriff der fructus percepti in der Lehre vom Fruchterwerb und dem Begriffe der fructus percepti in der Lehre von der Einkommenschätzung besteht aber noch ein zweiter wesentlicher Unterschied, welcher nicht für den Umfang der zu schätzenden Masse, sondern namentlich für die Ausführung der Schätzung von eminenter Bedeutung ist.

Die Ausdrücke perceptio und fructus percepti haben nämlich einen doppelten technischen Sinn, ebenso wie die Ausdrücke fructus, reditus. In der Lehre vom Fruchterwerb (z. B. beim Niessbrauch, bei der Pacht) bedeutet das Wort perceptio technisch einen körperlichen Akt, nämlich die Besitzergreifung am Product. Fructus percepti sind diejenigen Producte, an welchen dieser körperliche Akt vollzogen ist. Die Besitzergreifung an der Frucht, als an einer körperlichen Sache, spielt eine entscheidende Rolle beim Eigenthumserwerb an einer gewissen Art der Früchte, nämlich beim Erwerb derjenigen Früchte, welche durch die Lostrennung von der Kapitalsache zu selbständigen Sachen werden. Andere Früchte werden durch andere körperliche und unkörperliche Akte und Thatsachen erworben (corpora demortua und inutilia bei einer Heerde, Zinsen etc.). Die Perception bildet hier keine Fruchterwerbsart.

Bei der Einkommenschätzung hat der Begriff der Perception im obigen körperlichen Sinne keine Bedeutung. Hier handelt es sich gar nicht um den Akt der Besitzergreifung und des Eigenthumserwerbes, sondern um den wirthschaftlichen Nutzen von der Production. Der Verwalter eines fremden Gutes erwirbt überhaupt kein Eigenthum und keinen Besitz an den Producten, was vollständig ohne Einfluss auf die Feststellung des von ihm gewonnenen Einkommens bleibt. Die Besitzergreifung an den Früchten mag den Anfang und das Ende für den Eigenthumserwerb bilden; für die wirthschaftliche Production und ihr Ergebniss bildet sie weder den Anfang noch das Ende, noch überhaupt ein entscheidendes Moment. Kein Wirth betrachtet die Production als beendet und

den Gewinn als gesichert und fixirt, wenn er das Getreide auf dem Felde geerntet hat. Das abgeerntete Getreide muss vielmehr erst auf dem Felde getrocknet, in die Scheunen gebracht, gedroschen, gereinigt, geschaufelt und dann verkauft werden, damit der Wirth wirklich sagen kann, dass die Production beendigt und der Gewinn festgestellt und gesichert sei. Dazwischen kann verschiedenes vorkommen, was die Hoffnung auf den Productionsgewinn vereitelt (anhaltender Regen, Fallen der Preise etc.).

Von dieser wirthschaftlichen Thatsache ausgehend, erwarten wir, dass die Begriffe perceptio, fructus percepti in der Lehre von der Einkommenschätzung nicht irgendwelche einzelne körperliche Akte und die Objecte, an welchen diese Akte vollzogen werden, bedeuten. Die Perception der Früchte muss vielmehr die Gesammtwirkung der Production für den Producenten bedeuten, d. h. die Erzielung des endgiltigen Gewinnes; fructus percepti müssen dieses Endergebniss bedeuten. Der zu schätzende Brutto-Gewinn ist also nicht die Masse der apprehendirten Rohproducte, sondern das Endergebniss des Wirthschaftsjahres, gewöhnlich eine Summe Geld, welche durch den Verkauf der Producte erzielt worden ist. Indem also in der Lehre vom Fruchterwerb als fructus perceptio das Mähen und Ernten auf dem Felde erscheint, gehört zur fructuum perceptio in der Lehre von den Fruchtprästationen die Abschliessung des Vertrages mit einer Getreidehandlungsfirma, die gerichtliche Geltendmachung der Preisforderung gegen dieselbe und endlich der Empfang des Geldes. Die empfangene Geldsumme, d. h. das pretium für dasjenige, was in der Lehre vom Fruchterwerb als fructus percepti gilt, erscheint hier selbst als fructus percepti.

In eum quoque, qui neque locavit fructum neque vendidit, in factum actionem dat praetor et in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit neque locavit (l. 9 § 6 D. de reb. auct. iud. 42, 5).

Hieraus sieht man klar, wie grundverschieden die Bedeutung der Begriffe perceptio und fructus percepti bei der Rechenschaftslegung über die gewonnenen Einkünfte und bei dem Eigenthumserwerb an den Früchten ist. Die Zweideutigkeit des Ausdrucks perceptio wird ebensowenig von der gemeinen Lehre beachtet, wie der doppelte Sinn anderer Ausdrücke im Gebiete der Fruchtlehre. Im Gegentheil rechnet man die Schicksale der Producte nach ihrer Perception im körperlichen Sinne nicht zu

derjenigen Thätigkeit, welche zur fructuum perceptio gehört. Man stellt als selbstverständlich die Regel auf, dass die percipirten, d. h. in Besitz genommenen, Früchte denselben Regeln unterliegen, wie die Kapitalsache selbst.[1] Diese Auffassung ist auch von dem Entwurf getheilt, welcher im § 931 keinen Unterschied zwischen der Sache selbst und den Früchten macht. Danach haftet der Fruchtpflichtige nach denselben Regeln für die Erhaltung der „Nutzungen", wie für die Erhaltung der Kapitalsache (wie dies auch in den Motiven an einigen Stellen betont wird). Die Bestimmungen über die Fruchterstattung bei dem Besitz sind durch Verweisungen auf viele andere Verhältnisse ausgedehnt.[2] Aber auch auf andere Fälle, in welchen von der Herausgabe der Sache und der Nutzungen ohne nähere Bestimmung die Rede ist, müssen wir nach den Regeln über die analogia iuris die eingehendere Bestimmung des § 931 über die Verantwortlichkeit für die Erhaltung der Nutzungen wie für diejenige des Kapitals ausdehnen.

---

1) Vgl. z. B. Windscheid I § 194: „Der Eigenthumsanspruch ist nicht bloss auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet, sondern auch auf Herausgabe der von derselben gewonnenen Früchte und des sonstigen Zuwachses. Hat der Besitzer das Gewonnene hinterher wieder verloren, so entscheiden die Grundsätze über den Verlust des Besitzes der Hauptsache." Dieselbe Regel betont er in § 124 sub 2 (Text zu den Noten 8 und 9): „In gleicher Weise wie in Betreff der Früchte und des Zuwachses ist zu unterscheiden, wenn der Processgegenstand selbst zur Zeit des Urtheils nicht mehr, oder nicht mehr in unversehrtem Zustande in den Händen des Beklagten, und im Allgemeinen, wenn die Leistung oder die vollständige Leistung des zu Leistenden dem Beklagten zur Zeit des Urtheils nicht mehr möglich ist." . . . Vgl. eod. N. 6.

2) Vgl. z. B. §§ 244 (§ 933), 741, 957, 964, 1155, 2085, 452, 744, 745, 667, 752, 748, 757, 758, 761, 880, 897, 922, 1147, 1182, 1423, 1453 etc. N. B.: In vielen von den angeführten §§ ist die Verweisung auf den § 931 schwer erkennbar. So z. B. erfahren wir aus dem § 452 über den Inhalt des Anspruches aus dem Widerruf der Schenkung, dass die Regeln des § 745 anzuwenden sind. Der § 745 enthält aber die gesuchten Regeln nicht, sondern er verweist auf verschiedene §§, unter anderen auf den § 741. In dem § 741 erwartet uns dieselbe Enttäuschung, denn dieser § verweist auf den § 244. Auch hier (im § 244) finden wir das Gesuchte noch nicht. Wir müssen vielmehr den § 933 über die Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches hinzuziehen. Endlich verweist der § 933 auf den § 931. Also erst nach successiver Combination von sechs §§ erfahren wir, was wir wissen wollten! Die Verweisung des § 452 auf den § 931 durch so viele Instanzen ist übrigens kein besonderer Fall im Entwurfe, keine zufällige Monstrosität. Ebenso lange Wanderungen führen von den §§ 667, 752, 758, 761, 880, 897, 922, 1423, 1453, 1952 zum § 931. Ja, es giebt Fälle, in welchen die Entscheidung über die Früchte erst durch successives Studium von sieben §§ erkannt werden kann. So z. B. verweist der § 1147 (über das Faustpfandrecht) auf den § 880. Dieser schickt uns zum § 748; dieser — zum § 741; dieser — zum § 244; dieser — zum § 933; endlich verweist der § 933 auf den § 931, wo die gesuchten Regeln zu finden sind. Nicht kürzer ist der Weg zum § 931 von den §§ 1182, 757 (757 → 752 → 748 → 741 → 244 → 933 → 931).

Aus dem oben aufgestellten Begriff der fructuum perceptio folgt eine ganz andere, geradezu entgegengesetzte Regel: die weitere Behandlung der Producte nach ihrer Apprehension gehört gleichfalls zur fructuum perceptio. Daher haftet der Fruchtpflichtige, wenn er bei dieser weiteren Behandlung ungehörig verfährt, nicht nach den Regeln über die Erhaltung der Kapitalsache für den Berechtigten, sondern nach den Regeln der ungehörigen fructuum perceptio (fructus percipiendi). Das sind aber grundverschiedene Dinge. In Bezug auf die Kapitalsache gilt im allgemeinen der Satz: du sollst die Sache für den Berechtigten erhalten, dieselbe nicht verzehren, nicht veräussern etc. In Bezug auf die Früchte: du sollst so viel wie möglich Einkommen gewinnen. Um aber Einkünfte zu gewinnen, muss man die Früchte verzehren und veräussern. Wenn man die Verhältnisse des praktischen Lebens berücksichtigt, so erscheint die rechtliche Behandlung der Producte nach denselben Regeln wie die der Productionsmittel als einfach absurd. Die erste Lebensbedingung jeder Productionswirthschaft besteht darin, dass ihre Producte nicht, wie die Productionsmittel, bei dem Producenten erhalten bleiben, sondern dass sie möglichst schnell abgesetzt werden. Woher würde sonst der Producent das Betriebskapital zur weiteren Production hernehmen? Welchen Zweck hätte es, die Früchte zu grossen Haufen anzusammeln? Wie kann man eine Landwirthschaft führen, ohne das Getreide zu verkaufen? Wenn man keine Thiere auf dem Landgute verzehrte und verkaufte, würde man nach einer gewissen Zeit die Wirthschaft durch die Menge der überflüssigen Thiere ganz desorganisiren. Alles würde der immer mehr anwachsenden Heerde der überflüssigen Thiere zum Opfer fallen. Eine Bergwerkswirthschaft, welche ihre Producte nicht verkaufen dürfte, wäre nach einem Jahre einer solchen curiosen Wirthschaft bankerott. Indem die ordentliche Wirthschaft die Erhaltung der Productionsmittel, des Kapitals, postulirt, erfordert sie absolut die Nichterhaltung der Producte, den regelmässigen Absatz derselben, wenn möglich sogleich nach der Production. Die Einkommensgewinnung (fructuum perceptio) und die Erhaltung der Producte in natura ist ein wirthschaftlicher Widerspruch.

Daher muss im Civilrecht als ein Axiom anerkannt und durchgeführt werden, dass die freie Verfügung über die Producte keine besondere „Dispositionsbefugniss" erfordert. Disposition ist die Verfügung über das Kapital. Der Verkauf und die Verzehrung der Früchte ist keine Disposition, sondern nur die fructuum perceptio. Wenn von gewissen Personen, welche das fremde Kapital bewirthschaften, bestimmt ist, dass sie keine Verkaufs- und Verpfändungsbefugniss haben, keine libera administratio, keine Disposition über fremde Sachen, so muss dies in dem Sinne verstanden werden, dass sie die Kapitalsachen nicht verkaufen und versetzen dürfen. Die Früchte dürfen und müssen sie verkaufen und verwerthen, wenn sie zur fructuum perceptio befugt oder verpflichtet sind, denn diese Handlungen gehören nicht zur libera administratio, zur Disposition.

Die römischen Juristen haben diesen Satz zwar nicht in einer theoretischen allgemeinen Gestalt ausgesprochen, aber sie haben ihn implicite vorausgesetzt und danach ihre practischen Entscheidungen gerichtet:

1. Einen Beweis für die Anerkennung dieses Grundsatzes finden wir schon darin, dass die herrschende Lehre, welche für das Nichthaben der Erzeugnisse den Beklagten nach denselben Regeln haften lässt, wie für das Nichthaben der Hauptsache, keine einzige Stelle zur Bestätigung in den Quellen findet.

2. Ferner wird in den Quellen die Frage erörtert, ob von den Früchten die Zinsen zu leisten sind, was die naturgemässe Ansicht voraussetzt, dass die Früchte nicht einen die Wirthschaft störenden Haufen von Producten bilden, sondern einen Geldgewinn darstellen. [1]

Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur: diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt. (l. 51 § 1. D. de Her. Pet. 5, 3.)

Respondit neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur (l. 15 D. de usur. 22, 1).

Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi, quod bonae fidei possessor fuisse non videtur exemplo bonorum fisco vindicatorum. post motam de tacito fideicommisso controversiam ante pretia fructuum percepta cum usuris restituenda respondi, sed omnium fructuum, quorum pretia percepta

1) Näheres in der Zinsenlehre.

fuerant: quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit. sed divus Severus bonorum tacite relictorum citra distinctionem temporis fructus dumtaxat deberi, non etiam usuras eorum benigne decrevit: quo iure utimur (l. 18 pr. D. de his quae ut ind. 34, 9 von Papinianus).

Zum Verständniss der letzten Stelle ist zu beachten, dass auch hier das Wort fructus zugleich in zwei Bedeutungen gebraucht ist. In dem Passus „eos quoque fructus ... restituere“ und „fructus dumtaxat deberi“ bedeutet das Wort fructus den wirthschaftlichen Endgewinn, also die pretia nach Abzug der Kosten. Dagegen bedeutet dasselbe Wort die Rohproducte in dem Passus „pretia fructuum percepta“ und „fructus in usu habuit.“

Papinian denkt nun gar nicht daran, dass der Fruchtpflichtige die Producte nicht verzehren und verkaufen darf. Im Gegentheil setzt er als selbstverständlich voraus, dass der Fruchtpflichtige dieselben, wie jeder ordentliche Wirth, theils selbst verbraucht, theils verkauft. Die zu restituirenden fructus sind keine conservirten Sachen, sondern der abstracte Werthgewinn, welcher durch die Production, den Verbrauch und Verkauf erzielt ist. Er betrachtet den Verbrauch der Früchte nicht nur nicht als eine willkürliche Disposition über die fremden Sachen, für welche Jemand verantwortlich werden könnte, sondern als einen Grund für die nachsichtigere Behandlung, namentlich für die Freiheit von der Zinsenpflicht.

3. Der vermeintlichen Behandlung der Kapitalsache und der Früchte nach denselben Regeln widerspricht auch der Satz, dass nur das Reineinkommen herausgegeben wird. Es wäre zwecklos, Jemanden die ganze Masse von Sachen aufbewahren zu lassen, wenn er jedenfalls nur einen Theil von der aufbewahrten Masse herauszugeben hätte.

4. Gegen die Früchte werden alle möglichen Gegenforderungen des Verpflichteten in Geld kompensirt. Bekanntlich werden die impensae necessariae und utiles, welche der Besitzer gemacht hat, gegen die von ihm gezogenen Früchte aufgerechnet. Der Gläubiger rechnet die von der Sache des Schuldners gewonnenen Früchte auf die Zinsen und auf das Kapital an. Der Ehemann rechnet die nach der Ehescheidung percipirten Früchte auf seine Gegenforderung wegen der donatio oder res amotae an etc. Dies sind bekannte Erscheinungen, deren lehrreichen Sinn man nicht bemerkt. Durch diese und ähnliche Entscheidungen spricht das Recht geradezu aus: Ich bezwecke gar nicht, die Erhaltung der „organischen Erzeugnisse“ und dgl. für den Berechtigten zu erreichen. Ich will nur, dass der Geldgewinn an Einkommen ihm zu Gute kommt. Der Berechtigte hat kein vernünftiges Interesse daran, dass er die für das Inventar überflüssigen Thierjungen und die ausgeschiedenen capita inutilia, oder die Ausbeute an Petroleum, Steinkohlen, Getreide in natura bekomme. Im Gegentheil, für ihn ist nur der Geldwerth dieser Producte wichtig. Je schneller sie in Geld verwandelt werden, desto weniger Kosten hat man, desto mehr Gewinn. Nur bei den Kapitalsachen hat er ein Interesse an ihrer Erhaltung. Das lebende Inventar etc. will er natürlich in natura zurückbekommen. Die Anrechnung seines Werthes gegen die Geldforderungen wird durch das Civilrecht natürlich nicht zugelassen. Auch das Getreide, das Petroleum, die Steinkohlen können, wenn sie als Kapital fungiren, nicht gegen die Geldforderungen compensirt werden. Wenn ein Händler, ein Fabrikant diese Producte kauft, so wäre es ganz widersinnig, dieselben (ihren Werth) gegen das pretium aus dem Kaufkontract oder sonstige Geldforderungen des Verkäufers zu compensiren. Der Fabrikant braucht das Getreide, die Steinkohlen für seine Fabrik als Betriebskapital in natura, sonst würde er dieselben gar nicht kaufen. Dieselben Producte, wenn sie als Kapital erscheinen, sind keinesfalls der Summe, welche ihren Marktwerth darstellt, gleich, sie sind aber ihrem Marktwerth gleich, wenn sie als Früchte fungiren. Dies ist ein höchst wichtiges social-wirthschaftliches Theorem, welches unserer Wissenschaft noch nicht zu Gute gekommen ist, obwohl das römische Recht in auffallender Weise daran erinnert. Die Kapitalsforderung ist nur dann einer Gegenforderung in Geld ebenbürtig, wenn sie selbst auf das Geld gerichtet ist. Die Fruchtforderung dagegen, wenn auch unter den Früchten Thiere, Vögel etc. sich befinden, macht einer Geldforderung Concurrenz. Das Theorem ist auf folgende höhere Stufe der Abstraction zurückzuführen: das Kapital, da es für die Production erhalten werden muss, hat für den Producenten einen subjectiven Werth, welcher den objectiven Werth übersteigt. Die Producte, da sie zum Absatz bestimmt sind, haben keinen höheren subjectiven Werth als den objectiven. Fructus ... percepti pari pecunia debito tutelae compensabuntur (l. 15 § 3 D. ad. l. Falc. 35, 2).

5. Dem Verwalter, welchem die Dispositionsbefugniss nicht verliehen ist, wird doch der Verkauf der Früchte gestattet.

Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt (l. 63 D. de. proc. 3, 3).

Dabei darf man nicht denken, dass der Fruchtverkauf nur aus dem Grunde gestattet ist, aus welchem für die Sachen, welche sonst verderben können, eine Ausnahme vom Dispositionsverbot gemacht ist. Im Gegentheil darf der Mandatar (nach der l. 63 cit.) alle Früchte verkaufen, also auch diejenigen, welche aufbewahrt werden könnten, weil sonst keine richtige Einkommengewinnung möglich wäre.

6. Aus demselben Grunde ist auch dem Vormunde und dem Curator eine freie Verwerthung der Früchte erlaubt. Für die echte Disposition (über die Kapitalsachen) muss er dagegen in der Regel ein specielles obrigkeitliches decretum erbitten.[1]

Hisque adicimus nullam neque in hoc capitulo ambiguitatem relinquentes tutoribus et omnibus curatoribus licere fructus, sive qui ex reditibus praediorum colliguntur sive ex substantia personarum, quarum gubernationem habent inventi fuerint, id est vinum et oleum et frumentum vel cuiuscumque speciei sunt, sine decreto distrahere iusto pretio, quod in his locis, in quibus venditio celebratur, tunc temporis noscitur obtinere, et quae ex venditione eorundem fructuum colliguntur pecuniae, cum alia pupillorum vel adultorum aliarumque personarum substantia administrentur (l. 28 § 5 C. de adm. tut. 5, 37).[2]

Dass die Verwalter der Concursmasse (vor der Liquidation) die Früchte verkaufen können, haben wir schon oben (S. 178) gesehen.

7. Derselbe Grundsatz ist für die Bestimmungen des Pfandrechtes über die Früchte massgebend. Während der Verkauf beweglicher Pfandsachen durch den Verpfänder als furtum qualificirt wird, trifft denselben keine Verantwortlichkeit wegen des Verkaufs der Früchte. Im Gegentheil wird die Verwerthung der Früchte als eine condicio sine qua non jeder vernünftigen Wirthschaft dadurch sanctionirt, dass die Producte durch den Verkauf aus dem Pfandnexus austreten und der Pfandschuldner nur wegen der Sache und der fructus extantes belangt werden kann. Darüber haben

1) Windscheid II § 441; Dernburg III § 50.
2) Vgl. l. 25 § 1 eod.

wir schon an anderem Orte gesprochen (Fruchtvertheilung S. 183 fg.). Ebendaselbst haben wir auch gezeigt, dass die Rechte des gutgläubigen Besitzers an Früchten gleichfalls eine Sanction der Bestimmung der Früchte, consumirt zu werden, enthalten (S. 185, S. 214 am Ende).

8. Wenn die Früchte auf Grund des Parteiwillens in Kapital verwandelt werden, so bedeutet die Kapitalisation der Einkünfte in der Regel die Ansammlung nicht einer Masse von Producten, sondern einer Summe Geldes. Vgl. l. 4 D. de pact. dot. 23, 4:

erunt igitur in dote fructus et fruetur iste usuris, quae ex fructibus collectis et in sortem (d. h. in ein Geldkapital) redactis percipi possunt.

Es wird also als natürlich und selbstverständlich angesehen, dass es sich nicht um Massen von Producten, sondern um eine Geldsumme handelt. Wohin würde das führen, wenn der Mann nach Auflösung der Ehe der Frau so viel an Weintrauben, Getreide, Milch etc. herausgeben müsste, wieviel er an diesen Producten während der Ehe gewonnen hat? Das wäre ja eine absurde Komödie, den Mann vielleicht einige Tausend Liter Milch oder Weintrauben ankaufen zu lassen, so dass die Frau nicht wüsste, was sie damit anfangen sollte. Auf Grund der angeführten Stelle können wir zugleich schliessen, dass die Früchte, welche der Ehemann vor der Ehe gewonnen hat, und welche mit Abschluss der Ehe zum Kapital werden, auch eine Summe Geld bedeuten. Und zwar sind diese Sätze nicht nur auf solche Producte, wie Holz, Milch, Getreide etc. anzuwenden, sondern z. B. auch auf die Thiere, welche als Einkünfte von einer Heerde ausgeschieden werden. Sonst müsste der Mann in der Wirthschaft Verluste haben, damit nur die Masse der überflüssigen Thiere unterhalten würde. Oder sollte er vielleicht nach Auflösung der Ehe für die Frau eine Anzahl von capita demortua, inutilia und fetus anschaffen?

9. Hier erinnern wir uns noch an einen Satz, welcher gewiss nur darum seine belehrende Wirkung nicht geäussert hat, weil er zu bekannt und banal ist, als dass man über seine Bedeutung tiefer nachdenkt: Wenn der Fruchtpflichtige das Kapital verpachtet hat, so gilt der Pachtzins als Frucht ihm gegenüber. Die Verpachtung gehört also nicht zur Disposition, zur libera administratio, sondern zur fructus perceptio; ihre Wirkungen sind auch zu Gunsten desjenigen, welcher keine Dispositionsbefugniss hat, durch die Anerkennung der Fruchtqualität des

Pachtzinses anerkannt und sanctionirt. Was ist aber die Verpachtung? Sie bedeutet viel mehr als die Veräusserung der Rohproducte, d. h. die Verwandlung des Einkommens in natura in das Einkommen in Geld. Sie ändert die Gestalt des Einkommens in einer viel radicaleren Weise. Die Verpachtung bewirkt 1) die Verwandelung des Einkommens in eine Geldsumme und zugleich 2) Ueberlassung des Unternehmergewinnes an den Pächter, also eine Verfügung nicht nur über die Form des Einkommens, sondern auch über den Umfang desselben. Durch die Verpachtung wird das Einkommen nothwendig gemindert, weil dadurch auf den Unternehmergewinn verzichtet wird. Wenn man durch die Verpachtung ein Einkommen derselben Höhe erreichen wollte, welche dem Naturalertrag des Grundstückes entspricht, so würde man keinen Pächter finden; ein solcher pachtet das Grundstück, um den Unterschied zwischen dem Pachtzins und dem Einkommen in natura zu gewinnen. Wenn wir also annehmen, dass z. B. der Erbschaftsbesitzer das Grundstück gegen 5000 als jährlichen Pachtzins verpachtet, und der Pächter in Naturalien 8000 gewonnen hat, so muss der Erbe sich nicht nur anstatt der Naturalien mit einer Geldsumme begnügen, sondern auch den erzielten Gewinn von 5000 anstatt von 8000 gelten lassen (l. 29 D. de H. P. 5, 3). Wäre es nicht eine Inconsequenz, wenn das Civilrecht das Mehr erlaubte, das Weniger verböte? Jedenfalls spricht die Anerkennung der Fruchtqualität des Pachtzinses gleichfalls dafür, dass das Civilrecht die „Erhaltung der organischen Erzeugnisse" in natura für den Fruchtgläubiger nicht als nothwendig ansieht.

Kurz, wenn wir nicht zu wirthschaftlich absurden Ergebnissen kommen und mit den oben angeführten Stellen in Widerspruch gerathen wollen, müssen wir anerkennen, dass das römische Recht in Bezug auf die Producte die Erhaltungspflicht, welche nur in Bezug auf die Kapitalien einen vernünftigen Sinn hat, nicht statuirt, dass es die wirthschaftliche Bestimmung der Brutto-Erträgnisse, abgesetzt zu werden, anerkennt, und dass der Fruchtverkauf grundsätzlich keine libera administratio, keine Dispositionsbefugniss erfordert. Fruchtverkauf ist nichts weiter als eine der vielen Handlungen, welche die Thätigkeit der fructuum perceptio ausmachen. Ebenso wie die Quellen das alienare dem frui entgegenstellen (possidendi tantum ac fruendi in diem vitae, non etiam abalienandi facultate[1]), obgleich zum frui auch Verkaufsgeschäfte gehören (nam

1) l. 3 § 1 C. de sec. nupt. 5, 9; l. 29 pr. C. de i. d. 5, 12; l. 5 § 21 D. ut in poss. 36, 4.

et qui locat utitur [fruitur], et qui vendit [fructus] utitur, l. 12 § 2 D. de usu fr. 7, 1); ebenso ist die Disposition, die alienatio, dem fructus percipere entgegenzustellen, obgleich zur fructus perceptio auch die Disposition im untechnischen Sinne, der Fruchtverkauf, gehört (quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit [fructus] neque locavit, l. 9 § 6 D. de reb. auct. iud. cit.; vgl. l. 8 §§ 1. 2 eod.; l. 9 pr. eod.).[1]

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint die l. 15 § 1 D. de R. V. 6, 1 von Ulpian zu enthalten:

Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio iudicis succurretur, ut pretium dumtaxat debeat restituere. nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, aeque non amplius quam pretium praestabit.

Der Ausspruch bezieht sich auf die Zeit zwischen Beginn und Ende des Vindicationsprocesses. Ex professo wird die Frage nach den Folgen der nothwendigen Disposition über die Kapitalsache erörtert. Mit grosser Unentschiedenheit (fortassis succurretur) versucht der Jurist für die Sanction des nothwendigen Verkaufes der Kapitalsache seitens des Besitzers dadurch Stimmung zu machen, dass er auf die Analogie des schon anerkannten Satzes über die Früchte verweist. Da der beklagte Besitzer während des Processes die Früchte verkaufen darf, damit sie nicht verderben, ohne schwere Folgen davon für sich zu befürchten, so könnte man vielleicht ebenso nachsichtig auch den Verkauf der Kapitalsache behandeln. — Uebrigens hat derselbe Jurist im Gebiete der hereditatis petitio von dieser bei der rei vindicatio vorsichtig angedeuteten Meinung ganz Abstand genommen. Im Gegentheil giebt er dort dem Kläger im Falle des nothwendigen Verkaufes das Wahlrecht: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam (l. 20 § 12 D. de H. P. 5, 3); fortassis possit petitor eligere, ut sibi pretia et usurae praestentur

1) Daher die Ausdrücke wie: quod ex fructibus percipitur l. 5 § 21 D. ut in poss. 36, 4; reditus ... a colonis vel emptoribus fructus ... praestantur (l. 21 pr. D. de annuis leg. 33, 1); sumptus ex fructibus facere l. 1 § 1 C. be bon. matern. 6, 60; res ex fructibus comparare l. 6 § 2b C. de bon. quae lib. 6, 61; caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est (l. 60 § 1 D. de usu fr. 7, 1).

(§ 16 eod.).[1] Andererseits haben wir oben (S. 181 fg.) gesehen, dass der Fruchtverkauf und die Fruchtconsumption bei der hereditatis petitio durch die Beschränkung der Restitutionspflicht auf die pretia sanctionirt ist. Jetzt fragt es sich, welche Schlüsse in Bezug auf die Behandlung des Fruchtverkaufes seitens des beklagten Besitzers aus der l. 15 § 1 D. de R. V. cit. zu ziehen sind. Daraus scheint sich per argumentum a contrario zu ergeben, dass der Fruchtverkauf als solcher nicht erlaubt ist; er ist nur dann dem beklagten Besitzer erlaubt, wenn die Gegenstände sonst verderben könnten. Er müsste also das Getreide, die capita inutilia, die Mineralien und andere conservirbare Producte bis zum Ende des Processes bei sich erhalten. Dazu ist Folgendes zu bemerken:

1. Sogar diese unsere Theorie störende Stelle spricht auch gegen die herrschende Meinung. Sie zeigt jedenfalls, dass die römischen Juristen die Disposition über das Kapital und den Fruchtverkauf nicht auf dieselbe Linie stellten. Es war gar nicht selbstverständlich, dass der Besitzer für die Erhaltung des Kapitals und der Producte in natura nach denselben Grundsätzen verantwortlich war. Im Gegentheil ersehen wir daraus, dass die freiere Behandlung des Fruchtverkaufes als sicher und feststehend galt, während auf den Verkauf der Kapitalsache die strenge Regel angewendet wurde. Ferner ersehen wir daraus, dass Ulpian selbst die Regel über die Früchte nur mit Vorsicht auf die Kapitalsache anzuwenden rieth.

2. Das argumentum a contrario aus dem Ausspruch Ulpians dahin, dass der Besitzer die conservirbaren Früchte nicht verkaufen dürfte, ist keineswegs als ein sicherer Beweis zu betrachten. Wenn wir nämlich im Gegensatze dazu annehmen, dass der beklagte Besitzer nicht nur die dem Verderben ausgesetzten Producte verkaufen darf, so verträgt sich die Stelle auch mit unserer Regel. Ulpian will nicht den Satz durchführen, dass der Besitzer auch die Kapitalsache dann verkaufen darf, wenn das Geschäft nur als vortheilhaft erscheint. Er will nur denjenigen Verkauf sanctioniren, welcher sich auf die dem Verderben ausgesetzten Sachen bezieht oder sonst als nothwendig erscheint. Darum führt er als Bestätigung einen analogen Fall des Fruchtverkaufes an,

1) Ueber den Grund dieser anscheinend sonderbaren Entscheidung an einem andern Orte, in der Zinsenlehre.

ohne wohl aussprechen zu wollen, dass der Fruchtverkauf in anderen Fällen verpönt ist. Vielleicht drückt er sich darum so vorsichtig aus, weil er eben weiss, dass der Fruchtverkauf im Allgemeinen gestattet ist, und darum keine echte Analogie für die relative Erlaubniss zum Kapitalverkaufe bildet. Die Stelle ergiebt also an sich keinen wissenschaftlich sicheren Beweis für die Pflicht des beklagten Besitzers zur Erhaltung der Producte in natura. Möglich sind vielmehr zwei Hypothesen. — Wenn wir die Stelle ohne Zusammenhang mit dem ganzen Rechtssystem betrachten, so geben wir zu, um jeden Verdacht tendenziöser Interpretation zu vermeiden, dass das argumentum a contrario immerhin wahrscheinlicher ist, als unsere andere Auslegung. Dies kann man aber hinwiederum nicht sagen, wenn man das ganze oben angeführte Material berücksichtigt, welches bezeugt, dass die Entscheidung von Ulpian, falls er den Fruchtverkauf auf die nicht conservirbaren Früchte beschränken wollte, höchst singulär wäre. Bei den Erbschaftsverhältnissen existirt diese Beschränkung nicht, beim mandatum ohne libera administratio, bei der tutela, bei der Verwaltung der Concursmasse etc. gleichfalls nicht. Wir haben kein Zeugniss dafür, dass der beklagte Besitzer, wenn er das Grundstück nach dem Processbeginn verpachtet und anstatt der Naturalien den Pachtzins gewinnt, nicht diesen, sondern jene zu leisten hätte. Im Gegentheil lauten die Stellen, welche den Pachtzins als Frucht anerkennen, ganz allgemein. Der beklagte Besitzer könnte also die von uns angezweifelte Beschränkung immer nach Willkür durch Verpachtung umgehen. Wir würden darin auch keine unanständige Handlungsweise erblicken, wenn der Besitzer, welcher das Geld, das Betriebskapital für die weitere Wirthschaft braucht und durch das unvernünftige Verbot des Fruchtverkaufes beschränkt ist, das Grundstück vor der Ernte verpachtete, um das Verbot unschädlich zu machen. Nicht alle sind so reich, dass sie die Wirthschaft ohne Verkauf des im Jahre Producirten mit Erfolg weiter führen können. Kurz, es entstehen sehr starke Zweifel, ob der Ausspruch von Ulpian zu einem argumentum a contrario zu benutzen ist. Soviel ist aber gewiss und mit voller wissenschaftlicher Sicherheit zu behaupten, dass auch im Falle der Anerkennung des argumentum a contrario die Stelle nur auf den einen Fall zu beziehen ist, von welchem sie eben spricht; keine Ausdehnung der schon an sich unsicheren und den allgemeinen Grundsätzen widersprechenden Interpretation! Insbesondere ist mit Sicherheit auf

Grund der Quellen zu behaupten, dass vor dem Processbeginn der Fruchtverkauf auch dem malae fidei possessor gestattet ist (vgl. namentlich l. 18 pr. D. de his quae ut ind. cit.). Auch vom practischen Standpunkt wäre die Regel, welche, auf das verhältnissmässig kurze Interim des Processes bezogen, mit schwerer Noth noch durchführbar wäre, ganz widersinnig, wenn man dieselbe auf die oft sehr lange Zeit des vorprocessualen Besitzes anwenden wollte. Wie kann man einem Menschen zumuthen, dass er zehn Jahre ein Landgut, ein Bergwerk oder ein Gestüte bewirthschafte, ohne aus der Wirtschaft selbst das Betriebskapital für die Wirthschaft zu schöpfen? Wenn eine solche Regel existirte, so müssten wir als eine Pflicht des Anstandes und der wirthschaftlichen Vernunft die Umgehung der Regel durch die Verpachtung anerkennen. Nur ein sehr reicher malae fidei possessor, welcher böswillig den Eigenthümer schädigen will, könnte die ausgebeuteten Mineralien, das Getreide, die capita gregi inutilia etc. auf dem Grundstücke behalten, das Betriebskapital aus eigener Kasse hernehmen und die Zinsen davon den Eigenthümer bezahlen lassen.

Ebenso wenig, wie durch die interpretirte Stelle, kann unsere Theorie durch die Regeln über die Früchte in einem anderen Falle des interimistischen Zustandes erschüttert werden, nämlich im Falle der missio in possessionem, wo dem missus kein frui sondern nur eine custodia gewährt ist. Ueber die missio legatorum servandorum heisst es:

Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, et fructus custodire et cetera debebit. et pati quidem heredem colere agros et fructus redigere, sed custodire legatarium fructus oportebit, ne ab herede consumantur: quod si heres fructus nolit cogere, permittendum erit legatario cogere fructus et coactos servare. quin immo si tales sint fructus, quos primo quoque tempore venire expediat, vendere quoque legatario permittendum est et pretium servare. in ceteris quoque rebus hereditariis missi in possessionem hoc erit officium, ut universas res hereditarias colligat et ibi custodiat, ubi domicilium defunctus habuit, et, si nulla domus sit, habitationem conducat vel horreum quoddam, in quo res collectae custodiantur. et puto ita legatarium custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur neque depereant deterioresve fiant (l. 5 § 22 D. ut in poss. leg. 36, 4).

Zunächst konstatiren wir, dass diese Stelle gleichfalls der herrschenden Meinung widerspricht. Auch hier sind jedenfalls

grundverschiedene Regeln für das Kapital und für die Früchte ausgesprochen. Für die Kapitalsachen wird ein horreum gemiethet, damit sie für den Erben erhalten bleiben. Man darf darüber keine Dispositionsgeschäfte schliessen, auch wenn diese Geschäfte vortheilhaft wären. In vielen Fällen wäre es schon aus dem Grunde vortheilhaft, viele Sachen zu verkaufen, weil man den Miethszins für die Aufbewahrung ersparte. Indessen ist dem Legatar die Erlaubniss nicht ertheilt, die Kapitalsachen in Geld zu verwandeln, und zwar mit Recht. Wenn der Erbe auch kein anderes Interesse an der Erhaltung der Sachen in natura hätte, als das Affectionsinteresse (Pietät gegen den Erblasser), so darf doch der Gesetzgeber ihm die Liquidation der Erbschaft und die Umwandlung derselben in Geld gegen seinen Willen durch fremde Personen nicht aufdrängen. Wenn der Erbe gleichfalls für den Verkauf ist, dann wird er selbst seine Zustimmung ertheilen.

Ganz anders bei den Früchten. Hier handelt es sich nicht um die subjectiven Interessen, sondern nur um den gemeinen pecuniären Vortheil. Wenn die Früchte sogleich zu verkaufen vortheilhaft ist (quos primo quoque tempore venire expediat), so sollen sie verkauft werden.

Die Entscheidung also, trotzdem sie sich gerade auf einen Fall bezieht, bei welchem die strenge interimistische Aufbewahrung und custodia im intacten Zustand des ganzen Vermögens am meisten am Platze wäre, ist viel eher zu Gunsten unserer Theorie, als der herrschenden gefallen. Unsere besondere Aufmerksamkeit erregt nur eine eigenthümliche Nüance des Satzes: quin immo si tales sint fructus, quos primo quoque tempore venire expediat . . . Hier klingt eine für die modernen Wirthschaftsverhältnisse falsche Note. In dem Satze spiegelt sich die Vorstellung, dass die überwiegende Masse der Früchte bis zur endgiltigen Klärung des Verhältnisses und der Aufhebung des „Arrestes" aufbewahrt wird. Nur ein geringer Theil der Masse scheint danach unter das primo quoque tempore venire expedire zu fallen. Eine rechtliche Bedeutung hat diese Vorstellung nicht, weil das expedire oder non expedire von jedem Richter nach den Verhältnissen seiner Zeit und des concreten Falles interpretirt wird. Sie erinnert uns aber an eine Thatsache der social-wirthschaftlichen Geschichte, welche de lege ferenda ausserordentlich wichtig ist, und welche wir daher zur Berücksichtigung vorlegen:

1. Zunächst muss man beachten, dass der römische Wirth

die Production nicht durch gemiethete Arbeiter, sondern durch Sclaven betrieben hat. Daher brauchte er zur Wirthschaft viel weniger Betriebskapital in Geld, als der moderne Wirth. Die wichtigste Art der Productionskosten, die Kosten der Arbeit, wurden nicht durch den Verbrauch des Betriebskapitals in Geld, sondern durch den Gebrauch des stehenden Kapitals, der Sclaven, besorgt. Ebenso wie auf die Miethe der Arbeiter, verwendete der römische Landwirth auch auf die Befriedigung vieler anderer Bedürfnisse, welche für den modernen Wirth eine Geldausgabe bedeuten, kein Geld. Jetzt macht kein Gutsbesitzer Kleider und andere Manufactursachen für seine Familie und seine Leute selbst, sondern er kauft dieselben. Die Kosten der Ernährung bedeuten jetzt meistens Geldausgaben. Sogar solche Gegenstände, wie Fleisch, Mehl und dgl., werden mittelst Geldes angeschafft. Der Gutsbesitzer verkauft das Getreide, ohne dasselbe zu mahlen, weil er gewöhnlich keine Mühle besitzt, und kauft das Mehl an. Er verkauft die überflüssigen Thiere und kauft Fleisch. Getränke, Zucker, Kaffee etc. werden in der Nachbarstadt gekauft. Die Wagen, Pflüge und andere Productionswerkzeuge und Maschinen kosten Geld. Dies alles war bei den Römern ganz anders. Der römische Wirth brauchte nicht die für das Leben und die Wirthschaft nöthigen Gegenstände zu kaufen, weil er fast alles für den eigenen Bedarf selbst producirte. Die Thatsache ist zu bekannt, als dass wir geschichtliche Zeugnisse anzuführen brauchten. Nur als eine interessante Illustration zum Gesagten führen wir eine Stelle aus unseren Quellen an (l. 12 § 5 D. de instr. vel instr. 33, 7):

Trebatius amplius etiam pistorem et tonsorem, qui familiae rusticae causa parati sunt, putat (instrumento fundi) contineri, item fabrum, qui villae reficiendae causa paratus sit, et mulieres quae panem coquunt quaeque villam servent: item molitores, si ad usum rusticum parati sunt: item focariam et vilicam, si modo aliquo officio virum adiuvet: item lanificas quae familiam rusticam vestiunt, et quae pulmentaria rusticis coquant.

Derartige Stellen, welche zeigen, was man nicht alles zu Hause producirte, kommen nicht nur im Titel de instructo vel instrumento legato, sondern auch sonst sehr oft vor (vgl. z. B. l. 29 § 1, l. 30, l. 31 pr. § 1 D. de don. i. v. et u. 24, 1).

In der Lehre von den Kapitalverwendungen werden wir mit einer Entscheidung zu thun haben, welche unerklärlich erscheint, wenn man nicht berücksichtigt, dass der römische Landwirth das

Mehl selbst produciren musste. Mit einem Wort, die römische Wirthschaft lebte nicht durch die Geldgeschäfte: Miethe und Kauf, sondern hauptsächlich durch sich selbst, durch das, was sie selbst producirte.

2. Nur die andere Seite derselben Erscheinung besteht darin, dass der römische Wirth auch viel weniger verkaufte als der moderne. Anstatt die ganze Masse der Wolle zu verkaufen, verwahrte man dieselbe, um im Winter Kleider zu machen; einen grossen Theil des Getreides verwandelte man zu Hause in Mehl und Brot u. s. w. Im allgemeinen war die römische Wirthschaft überwiegend eine Natural- und ist die moderne im höchsten Grade eine Geldwirthschaft.

Ausserdem sind auch die modernen Concurrenzverhältnisse zu berücksichtigen. Die Hauptschwierigkeit, unter welcher die moderne Wirthschaft am schwersten leidet, bereitet ihr nicht die Production im engeren Sinne, sondern der Markt. Wer den Markt nicht rechtzeitig und glücklich ausnützt, der wird durch die eiserne und erbarmungslose Maschine der modernen social-wirthschaftlichen Ordnung zu Grunde gerichtet.

Nur im Entwurf finden wir das Postulat der Erhaltung der Producte. Alle Producenten wissen dagegen, dass die Erhaltung des Producirten (in natura) und der Ruin der Wirthschaft eins und dasselbe ist. Wenn man einer Kohlengrube, einer Fabrik, einem Handelsgeschäft, einem Landgut auf ein Jahr den Markt verschliesst, so wird in 90 von 100 Fällen der Wirth mit den Subhastationsbeamten nahe Bekanntschaft machen.

Wenn daher der von uns vertheidigte Grundsatz in Bezug auf das römische Recht auch nur als ein allgemeines Ausnahmen zulassendes Princip (l. 15 § 1 D. de R. V.) Anerkennung fände (was nach unserer Meinung nicht zutreffend wäre), so glauben und hoffen wir doch, dass man im Zukunftsrecht dem Princip volle und allgemeine Geltung verschaffen wird.

Die Grundsätze des Entwurfes wären schon für die spätere römische Zeit, wo die Wirthschaft immer mehr und mehr zur Geldwirthschaft wurde, ein sonderbarer Anachronismus. Sie passen nur auf die uralten Wirthschaftsverhältnisse, wo die Arbeitstheilung und die Abhängigkeit eines jeden einzelnen wirthschaftlichen Organismus von den anderen noch nicht zur Geltung gekommen waren.

Bei der allgemeinen Regelung der Frage darf man auch die folgende Specialfrage sachgemäss zu erledigen nicht vergessen. Aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung der Früchte im Entwurf (§ 792) folgt, dass bei einem lebendigen Inventar, bei einer Heerde etc. die nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft periodisch zu verkaufenden Stücke zu den Früchten nicht gehören. Daher muss man, wenn man den Fruchtbegriff nicht ändern wollte, doch dem Besitzer eines Viehstandes irgendwie die Sanction für die Substitution und den regelmässigen Verkauf oder Verbrauch der auszuscheidenden Stücke ertheilen. Sonst geräth das Gesetzbuch in einen schroffen Widerspruch mit den anerkannten Regeln der Viehzucht. Und zwar ist ebenso auf diesem Gebiete, wie bei andern Früchten, die regelmässige Verwerthung der Früchte nicht nur zu gestatten, sondern zur Pflicht zu machen. Der Fruchtpflichtige ist für die Unterlassung der gehörigen und rechtzeitigen Ausnutzung des Marktes ebenso verantwortlich zu machen, wie für die Unterlassung der Production im engeren Sinne. Wenn also der Fruchtpflichtige die Producte durch seine Schuld conservirt hat, ohne den Markt rechtzeitig auszunutzen, so muss er den höheren zur rechten Zeit erzielbar gewesenen Marktwerth der Producte ersetzen (et in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit neque locavit), d. h. die Gelderlöse (die pretia fructuum) sind als fructus percepti und als fructus percipiendi allgemein anzuerkennen. Die Verwerthung der Producte ist aus dem Begriff der Disposition auszuschliessen und in den Begriff der fructuum perceptio zu übertragen.

Während die modernen Fabriken oder andere Industrieorganismen und verschiedene Arten der Bergwerkswirthschaft, der Forstwirthschaft nur das Geld, nicht aber ihre eigenen Producte zum weiteren Betriebe brauchen, oder nur einen sehr geringen Theil ihrer eigenen Producte selbst verbrauchen, besteht die Eigenthümlichkeit des Ackerbaues darin, dass ein gewisses Quantum der Producte als Betriebskapital für die weitere Production gebraucht wird. Ein Gutsbesitzer muss einen Theil des gewonnenen Getreides für die Aussaaten des nächsten Jahres verwahren, ebenso Stroh, Dünger, Heu, Hafer, Kartoffeln etc. Die Periode der Aufbewahrung dauert übrigens regelmässig nicht länger als ein Jahr,

denn der Zweck der Unterlassung des Absatzes besteht im unmittelbaren Verbrauch, in der Vernichtung der Producte als Betriebskapital während des laufenden Wirthschaftsjahres. Insofern man die Producte zu diesem Zwecke bestimmt, rechnet man dieselben gewöhnlich gar nicht zum Einkommen, sondern zum Kapital der Wirthschaft. Das Civilrecht nimmt aus leicht erklärlichen Ursachen diese Complication in seinen Fruchtbegriff nicht auf, sondern bezeichnet auch diese Producte als fructus. Es ist aber selbstverständlich, dass die Pflicht und die Befugniss zum Fruchtabsatze nur auf diejenige Masse sich bezieht, welche nach Ausscheidung des Betriebskapitals für die nächste Wirthschaftsperiode übrig bleibt. (Natürlich muss auch dasjenige Procent der Masse, welches für die Aussaaten etc. ausgeschieden ist, nicht zwecklos aufbewahrt, sondern eben zur rechten Zeit für die rechten Bedürfnisse consumirt werden.) Bei den Contractsverhältnissen braucht in dieser Beziehung keine besondere Bestimmung getroffen zu werden. Im Falle der malae fidei possessio bekommt der Eigenthümer die aufbewahrten Producte in natura bei der Uebergabe der Wirthschaft; wenn der Besitzer zu wenig Producte für die weitere Wirthschaft aufbewahrt hat, ist dies als culpa zu behandeln. Für den bonae fidei possessor sind natürlich keine Pflichten vorgeschrieben; er wird aber im eigenen Interesse, da er sich für den wahren Berechtigten hält, in der Regel einen genügenden Vorrath in natura behalten. Wir haben schon an einem andern Orte[1] gezeigt, mit welchem bewundernswerthen wirthschaftspolitischen Tacte die Fruchtfrage im Falle der bonae fidei possessio von den römischen Juristen entschieden wurde. Ihre Entscheidung sichert die Leute gegen die unerwarteten Gefahren, welche aus der bona fides, d. h. einem unverschuldeten Irrthum über den wahren Sachverhalt, nothwendig entstehen; sie verhütet zu gleicher Zeit die Schädigung der Landwirthschaft, die Desorganisation und die Schwierigkeiten, welche durch die Entziehung des erwähnten Vorrathes an Stroh, Dünger, Aussaatkorn etc. auf dem Landgut entstünden. Ebendaselbst haben wir gezeigt, wie die modernen Gesetzgeber, ohne die social-wirthschaftliche Bedeutung der bona fides und ihre Regelung im römischen Recht zu verstehen, das Institut verzerrt haben. Sie haben in der bona fides statt eines in socialwirthschaftlicher Beziehung gefahrvollen Irrthums eine Art Tugend

1) Fruchtvertheilung S. 185 fg.; S. 242 fg.

erblickt und dieselbe reichlicher, als das im römischen Recht geschah, belohnt. Die Erhöhung des Tugendpreises besteht darin, dass der Besitzer bei der Uebergabe des Gutes an den Eigenthümer dasselbe der nothwendigen Mittel zur weiteren Bewirthschaftung berauben darf. Wenn der „redliche" Besitzer in Wirklichkeit ein böswilliger und unredlicher Mensch ist (denn auch solche Leute können in die bona fides, d. h. den Irrthum über gewisse Thatsachen, gerathen), so findet er dabei eine reiche Gelegenheit zur Chicane und Ausbeutung. Sogar für solche für ihn nunmehr fast werthlos gewordene Producte, wie Dünger, Stroh etc. kann er vom Eigenthümer einen hohen Preis erpressen, wenn er droht, dass er das positive Gesetz wirklich ausnutzen und das Landgut ganz nackt, von den allernothwendigsten Wirthschaftsmitteln entblösst, übergeben werde. Diese a. a. O. näher begründeten und erörterten Ergebnisse haben wir hier zu dem Zweck wiederholt, weil wir hier noch klarer überblicken können, wohin die gesetzgeberischen Entscheidungen führen, wenn sie ohne Berücksichtigung des Lebens und seiner complicirten Bedürfnisse, nach subjectiven, rein doctrinären Ansichten in Bausch und Bogen construirt sind. Wir haben gesehen, dass der Entwurf den malae fidei possessor und andere fruchtpflichtige Personen die Masse der gewonnenen Producte für den Berechtigten zu erhalten verpflichtet. Der Fehler dieser Bestimmung besteht unter anderem darin, dass man den Früchten einen subjectiven Werth für den Berechtigten zuschreibt, anstatt dieselben nur nach ihrem gemeinen Geldwerth zu beurtheilen. In Bezug auf die Fruchtfrage bei der bonae fidei possessio hat man gerade die entgegengesetzte Sünde begangen. Diejenige engere Gruppe der Producte, welche die fructus extantes bilden, und welche, da der bonae fidei possessor während der bona fides die positiven Gesetze nicht berücksichtigt, sondern nach vernünftigen Regeln wirthschaftet, gerade das wirthschaftliche Betriebskapital im Durchschnittsfalle darstellen, — diese Gruppe der Producte für den Berechtigten zu erhalten, hat man nicht für gut erachtet. In demselben Gebiete schützt man also die in der Wirklichkeit nicht existirenden und verletzt aufs Gröblichste die wirklich vorhandenen Bedürfnisse. Wenn ein Eigenthümer successiv von zwei Besitzern, einem bonae fidei und einem malae fidei possessor, zwei Grundstücke vindicirt, und wenn wir das Unwahrscheinliche annehmen, dass beide Besitzer sich den Bestimmungen des Entwurfs gefügt haben, der malae fidei possessor während der ganzen

Zeit des Besitzes, z. B. fünf Jahre lang, der bonae fidei possessor, seitdem er den wahren Sachverhalt erfahren hat, — so wird der Vindicant dem Gesetzbuch gewiss kein Compliment sagen. Als er mit dem bonae fidei possessor zu thun hatte, hat das Gesetzbuch ihn derjenigen Gruppe der Producte beraubt, welche zwar nach ihrem Geldwerth gering war (weil sie nur einen Theil der Producte des letzten Jahres bildete), welche aber für ihn, als Landwirth, einen hohen subjectiven Werth darstellte. Als er einige Jahre später mit einem malae fidei possessor zu thun hatte, hat das Gesetzbuch für ihn eine Unmasse überflüssiger Dinge aufbewahrt, welche für ihn kein subjectives Interesse haben, und welche der Wirthschaft nur zur Last gefallen sind, statt dass sie rechtzeitig in eine Summe Geld, um welches es sich allein handelt, hätten umgesetzt werden sollen. Er wird sich nach den juristischen Constructionen, deren Folgen er geniesst, nicht erkundigen, sondern einfach sich über die bürgerlichen Gesetze empören, und zwar mit Recht. So lange es noch nicht zu spät ist, muss man der Wirthschaft die dargestellten schmerzlichen Operationen und Zwangsjacken zu ersparen suchen.

Wenn wir zu der uns unmittelbar interessirenden Frage nach der Schätzung der fructus percepti zurückkehren, so ergeben sich dafür aus der obigen Erörterung folgende Grundsätze:

1. Die von dem Fruchtpflichtigen in den schon vergangenen Fruchtperioden verkauften Producte brauchen gar nicht geschätzt zu werden, weil als Früchte nicht die Rohstoffe, sondern ihre pretia in Betracht kommen. Die gewonnene Geldsumme bildet eben die zu ermittelnden fructus percepti. Man braucht nicht zu schätzen, sondern nur zu addiren.

2. Die von dem Fruchtpflichtigen für eigenen Bedarf verbrauchten Producte werden nach ihrem Marktwerth geschätzt, nach den erzielbaren pretia (l. 18. pr. D. de his quae ut ind. cit.). Es fragt sich nur, welche Zeit für die Schätzung in Betracht zu ziehen ist. Denkbar sind zwei Lösungen. Man könnte diese Producte nach dem Preise schätzen, welchen der Fruchtpflichtige erzielen würde, wenn er einen Theil der Producte für seinen eigenen Bedarf nicht zurückbehalten, sondern mit der übrigen Masse verkauft hätte. Man könnte auch nach der Zeit des Verbrauches

schätzen. Da wir in den Quellen eine directe Lösung der Frage nicht gefunden haben, so entscheiden wir dieselbe nur auf Grund allgemeiner Erwägungen. Diese sprechen u. E. für die erstere Methode. Die schwierige und complicirte Aufgabe der Einkommensschätzung wird durch erstere Methode wesentlich vereinfacht. Man berücksichtigt einfach den Preis, welchen der Besitzer für den übrigen Theil der Productenmasse erzielt hat. Die zweite Methode würde dagegen eine Masse von Beweisfragen und Streitigkeiten anregen. In den Fällen, wo nicht nur die fructus percepti, sondern auch qui percipi potuerunt geschätzt werden, d. h. in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, ist die zweite Methode direct durch die Formel: „qui percipi potuerunt" bestätigt.

3. Die noch vorhandenen Producte werden natürlich nach den Marktpreisen zur Zeit der Schätzung veranschlagt. Wenn die Producte ohne Grund nicht rechtzeitig abgesezt sind, so wird die dadurch verursachte Mindereinnahme bei der Berechnung der fructus qui percipi potuerunt berücksichtigt.

4. Die etwaigen Forderungen des Fruchtpflichtigen gegen dritte Personen wegen der Früchte, wie die Preisforderungen gegen die Käufer der Producte, gegen die Pächter, gegen die Delinquenten, z. B. gegen den Dieb der Früchte, sind gleichfalls nach ihrem Werthe zur Zeit der Schätzung anzusetzen. Wenn der Fruchtpflichtige durch seine Schuld die Producte in unsichere oder minderwerthige Forderungen verwandelt hat, so wird dies bei der Berechnung der fructus percipiendi selbstverständlich berücksichtigt.

5. Wenn der Fruchtpflichtige gegen den Delinquenten oder sonst einen unberechtigen Störer seiner Einkommensgewinnung einen Process siegreich durchgefürt hat, so ist die fructuum nomine erlangte Summe im Verhältniss zwischen den gegenwärtigen Parteien gleichfalls zur Summe der fructus percepti zu addiren. Dafür hat der Umstand absolut keine Bedeutung, dass ein Theil dieser Summe im Verhältniss zwischen dem Fruchtpflichtigen und dem erwähnten dritten Störer nicht als fructus percepti (sondern als percipiendi oder sogar als Fruchtstrafe, z. B. duplum fructuum im früheren Recht) behandelt wurde. Dies wird durch folgende Stellen bewiesen:

Sed et fructus, quos ab alio possessore percepit, restituere eum (possessorem) oportet: lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet (l. 17 § 1 D. de R. V. 6, 1).

Cum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit

vel culpa eius non pervenit, restitui oportet, non solum si ipse fructus percepit . . . sed et si a quovis alio possessore fructus accepit emptor, restituere eos debebit: sed et si quid fructuum nomine consecutus est id praestet ... (l. 23 § 9 D. de aed. ed. 21, 1).

. . . nam et si maiores fructus (duplionem fructus?) forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debebit . . . (l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5).

---

§ 15. C. Juristische Construction des Fruchtbegriffes.

Wir haben den einfachsten Fall der Anwendung des Begriffes fructus untersucht, nämlich den Inhalt des Begriffes fructus percepti; d. h. wir haben vorausgesetzt, dass nur die thatsächlich erzielten Einnahmen und alle thatsächlich gemachten Ausgaben berücksichtigt werden. In den meisten Fällen der Fruchtberechnung werden noch viele andere Umstände in Betracht gezogen, welche die Einkommenschätzung erschweren und bedeutend compliciren. Als fructus können nicht nur die fructus percepti, sondern auch die fructus, qui percipi potuerunt, geschätzt werden (fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt). Dabei werden verschiedene complicirende Thatsachen berücksichtigt: die Schuld des Fruchtpflichtigen bei Erzielung der Einnahmen oder bei Verwendungen, die etwaige Schuld, welche schon durch die Vorenthaltung des Kapitals begangen ist, und welche schon an sich trotz der gehörigen Wirthschaft seitens des Fruchtpflichtigen dem Berechtigten Verluste an Einkünften zugefügt hat; unter Umständen wird auch der Nutzen berücksichtigt, welcher nicht in der Gestalt besonderer Einnahmen genossen wird u. s. w.

Wenn wir nun auch von allen solchen eventuellen Verwickelungen absehen, so müssen wir doch anerkennen, dass der Begriff fructus ein sehr abstractes und complicirtes Ding bezeichnet. Es ist kein einfacher Haufen von gut conservirten oder verdorbenen organischen Erzeugnissen und anderen Objecten, wie man sich etwa die Erscheinung nach dem Entwurf vorstellen könnte. Solche Früchte erfordern natürlich keine besondere Construction, sondern man müsste dieselben theils verbrennen, damit die Luft nicht ver-

pestet werde, theils in anderer Weise den zwecklos und nutzlos aufbewahrten Haufen möglichst rasch beseitigen. Der richtige Begriff fructus ist vielmehr eine reine Abstraction, welche weder die Luft noch die Nerven eines praktischen Wirthes verdirbt, sondern nur im Gebiete der Gedanken existirt. Der Begriff der Früchte ist ein gedachter Inbegriff der von uns analytisch dargestellten Activa und Passiva in ihrem Zusammenhang, in ihrer Einheit. Zu den Activa gehört der Werth der erzielten Einnahmen (nicht aber irgendwelche Sachen), unter welchen auch der Werth der noch nicht realisirten Forderungen (Zins-, Preisforderungen), der rechtshängigen Ansprüche (z. B. wegen etwaiger Delicte, der Zinse . . .) u. dgl. sich befinden kann. Zu den Passiva gehört der Werth der dem Fruchtpflichtigen wegen der Kosten zustehenden Ansprüche, wobei auch gewisse Ansprüche dritter Personen gegen den Fruchtpflichtigen berücksichtigt werden müssen, z. B. die Miethzinse, welche er den Lohnarbeitern schuldet, die Ansprüche der Lieferanten, der Vermiether der Kapitalsachen, welche zum Zwecke der Fruchtgewinnung gemiethet werden mussten etc.

Zu welcher juristischen Kategorie gehört nun der zu liquidirende Inbegriff von diesen abstracten Activa und Passiva? Er gehört zu derselben juristischen Kategorie, wie dos, peculium; er ist eine universitas.

Nur durch diese Construction erlangen wir einen richtigen juristischen Fruchtbegriff, welcher die einzelnen praktischen Rechtssätze zu erklären vermag. Diese Construction hat auch der Theoretiker par excellence unter den römischen Juristen, Paulus, in der l. 8 § 1 D. s. m. 24, 3 ausgesprochen. Die Kosten der misslungenen Art der Production mindern die Ergebnisse der gelungenen Production, „quia totius anni unus fructus est.“ In der That ist es unmöglich, die Unität des fructus zu leugnen, wenn man anerkennt, dass die auf eine Art der Früchte verwendeten Ausgaben vom Gesammtergebniss abgezogen werden.

Was in Bezug auf das Einkommen eines Jahres gilt, müssen wir bei der Berechnung der Früchte für eine längere Zeit, z. B. fünf Jahre, auf die ganze Zeit erstrecken. Der Richter muss die Früchte von fünf Jahren als eine Universitas, als unum fructum, unum reditum [1] behandeln. Sonst könnte der Kläger nur die

1) Vgl. l. 28 § 16 D. ad sctum Treb. 36, 1 (si fructus in tantum excreverit, ut quantitatem partis dimidiae bonorum excedat), l. 26 pr. D. quando dies 36, 2.

Früchte derjenigen Jahre willkürlich herausgreifen, in welchen Activa überwiegen, um die überwiegenden Passiva der unglücklichen Jahre dem Beklagten zu überlassen. Entweder den unus fructus für die ganze Zeit, so dass die unglücklichen Jahre das gesammte Ergebniss der glücklichen belasten, oder gar nichts!

Ferner ist zu entscheiden, dass im Falle der Berechnung der Früchte einer universitas (fructus dotis, hereditatis, bonorum, quartae Falcidiae etc.) die Früchte der gesammten universitas ihrerseits eine einheitliche universitas bilden (welche unter Umständen als Theil, augmentum, der fruchtbaren universitas erscheint).

Die praktische Bedeutung des Satzes besteht in Folgendem: Wenn zum Substrat der universitas verschiedene Gegenstände gehören, von denen einige Einkünfte bringen, andere nur Kosten verursachen, so ist das Einkommen von der Gesammtmasse zu liquidiren, so dass die Kosten für die fruchtlosen Gegenstände vom Gesammtgewinn aus anderen Gegenständen abzuziehen sind. Eine directe Entscheidung dieser praktisch wichtigen Frage haben wir in den Quellen nicht gefunden. Man kann aber den Satz auf indirectem Wege den Quellen doch abgewinnen. In zwei Fällen wird folgende Frage gestreift: wenn ein Schuldner, welcher eine universitas zu leisten hat, aber die Früchte davon behält, unter anderem einen Gegenstand unterhalten muss, welcher nur Kosten verursacht, muss dann der Schuldner diese Kosten um des Gewinns willen, den er von anderen Gegenständen behält, ohne Ersatzanspruch tragen? Die erste Stelle ist l. 7 § 16 D. s. m. 24, 3. Pomponius führt hier aus, dass die Kosten der Instandhaltung eines Dotalgebäudes, Heilkosten für einen Dotalsclaven . . . dem Manne nicht vergütet werden (cum maritus fructum totum anni retinet), sondern das Einkommen belasten. Dieser Satz wird aber durch die Voraussetzung beschränkt: „scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur.“ Diese Stelle spricht nun weder für noch gegen uns, weil es unsicher ist, ob Pomponius an den Fall denkt, wenn in dote mit den nur belastenden Gegenständen sich auch fruchtbare befinden, oder nicht. Im ersteren Falle wäre anzunehmen, dass bei jedem Gegenstand in der universitas die Ausgaben nur das Einkommen von diesem Gegenstand, oder wenn solches gar nicht gewinnbar ist, das Kapital belasten. Gegen diese Annahme spricht nun die l. 60 § 2 D. ad sctum Treb. 36, 1 von Papinianus:

. . . ac similiter hereditario creditori, si medii temporis non solvantur usurae, fideicommissarium in his quoque Trebellianum tenebit nec ideo querellae locus erit, quod de fructibus heres, quos iure suo percipiebat, faenus non solverit. quod si faenus heres medii temporis solverit, eo nomine non erit retentio, cum proprium negotium gessit, quippe sortem reddere creditori coactus fideicommissario nihil usurarum medii temporis imputabit.

Zum Verständniss dieser Entscheidung müssen wir uns an die oben (S. 17 fg.) gelieferte Interpretation des ersten dort abgedruckten Theiles der Stelle erinnern. Papinian hat die Ansicht vertreten, dass die Zinsenforderungen, welche aus der vom Erblasser geschlossenen Stipulation entstehen, dem Erben gegenüber (zwischen dem Erben und dem Fideicommissar) als Kapital, nicht aber als Früchte gelten. Die theoretische Begründung dieser Ansicht besteht darin, dass die stipulatio hereditaria fuit. Alles, was der Erbe beim Antritt der Erbschaft in die Hände bekommt, ist erbschaftliches Kapital, obgleich einige von den Gegenständen dem Erblasser gegenüber als Früchte galten. Die vom Erblasser gewonnene Stipulationsforderung gehört zum Erbschaftskapital. Die nach dem Erbschaftsantritt fällig werdenden Zinsenforderungen sind nichts weiter (nach Ansicht Papinians), als die Vergrösserung, das Wachsen der stipulatio, also des erbschaftlichen Kapitals. Nur wenn die Zinsen nicht als Erweiterung der stipulatio hereditaria (rückständig) verbleiben, sondern vom Erben in Geld percipirt werden, sind sie als Früchte zu behandeln. In unserem Absatz wendet er nun denselben Gedanken (ac similiter) auf die erbschaftlichen Passiva an. Wenn der Erbe mit der Erbschaft eine Schuld bekommt, welche Zinsenschulden erzeugt, so ist es so anzusehen, als ob das Passivum der Erbschaft in seiner negativen Grösse mit der Zeit wächst und sich entwickelt. Der Fideicommissar muss dieses vergrösserte Kapitalpassivum übernehmen. Aber auch hier muss man anders entscheiden, wenn die Zinsen nicht die Schuld vergrössern (rückständig werden), sondern vom Erben bezahlt werden. Es geschieht dann kein Wachsen des Kapitalpassivum, sondern der Erbe macht periodische Verwendungen, welche nach allgemeiner Regel onus fructuum bilden. Die Analogie der beiden Fälle besteht also darin, dass die Zinsen-Forderungen oder -Schulden, wenn sie nicht realisirt werden, zum Wachsthum der Activa oder Passiva des Erbschaftskapitals gehören. Wenn sie dagegen realisirt werden, so wird Einkommen gewonnen, oder werden Einkommenverwendungen gemacht. Wenn der Erbe ein negotiorum gestor des Fideicommissars wäre, dann könnte er ihm die Einkommen-

verwendungen natürlich berechnen; dieser Gesichtspunkt trifft aber nicht zu; der Erbe gewinnt die Früchte der Erbschaft nicht für den Fideicommissar, sondern proprio iure für sich. Er muss also die gezahlten Zinsen als onus seiner Früchte anerkennen. Daher kann der Erbe, wenn er auch das Kapital dem erbschaftlichen Gläubiger ausgezahlt hat, nicht wie ein negotiorum gestor oder mandatarius die Zinsen von der geopferten Summe ersetzt zu bekommen verlangen. Sein Verlust an Zinsen ist durch die Gewinnung der Früchte im eigenen Interesse gedeckt.

Die Stelle enthält also eine volle Anerkennung des von uns aufgestellten Satzes. Die singuläre Entscheidung über das Wachsen der erbschaftlichen Activa und Passiva in ihrer Capitalqualität lassen wir bei Seite. De lege ferenda muss man sich hüten, diesem Grundsatz zu folgen, weil er dem Erben zu Missbräuchen und zur willkürlichen Veränderung der Lage zu seinen Gunsten Anlass giebt. Neben der Ausnahmeregel über die rückständig werdenden Zinsen der erbschaftlichen Activa und Passiva enthält die Stelle aber auch die allgemeine Regel: die periodischen durch einige Bestandtheile der Erbschaft verursachten Kosten sollen durch die Früchte anderer Bestandtheile gedeckt werden. Die Regel gilt in Bezug auf die erbschaftlichen Schulden; sie gilt a fortiori in Bezug auf die neuen Schulden, die Kosten der Unterhaltung der alten, arbeitsunfähigen oder kranken Sclaven, der Gebäude, welche kein Einkommen bringen, etc. Wenn aber die Verwendungen auf die lästigen Bestandtheile der universitas das übrige Einkommen belasten, so folgt daraus, dass auch in dem Falle, wo das Einkommen restituirt oder angerechnet werden muss, dasselbe im Gesammtbetrag durch die obigen Kosten gemindert wird. Mit andern Worten: das von einer universitas zu leistende oder sonst zu liquidirende Einkommen ist selbst eine universitas.

Alle drei oben aufgestellten Consequenzen der Unität des reinen Einkommens:

1. In Bezug auf die gelungene oder unglückliche Production bei demselben Kapitalstück,

2. In Bezug auf die glücklichen oder unglücklichen Wirthschaftsperioden,

3. In Bezug auf die lästigen und vortheilhaften Bestandtheile eines Gesammtkapitals

— schützen und sichern die Interessen des Fruchtschuldners.

Alle von uns zum Gesammtleben des Einkommens hinzugerechneten Verluste werden dem Fruchtschuldner durch eine ganz absolute Sanction vergütet. Alle diese Verluste mindern ipso iure die Gesammtschuld an fructus, so dass der Schuldner auf keine Gegenansprüche, exceptiones, actiones contrariae etc. verwiesen werden darf. Er ist von vornherein weniger zu leisten verpflichtet, ohne verschiedene Zufälligkeiten und Gefahren der Gegenansprüche zu befürchten. Dass dies der Billigkeit und der Zweckmässigkeit entspricht, brauchen wir hier wohl nicht auszuführen.

Die Einheitlichkeit des fructus ist nicht nur in materieller Hinsicht ein gerechtes und nützliches Princip, sondern sie ist auch im Process ebenso für den Richter wie für die Parteien eine Wohlthat. Die schwierige Aufgabe der Einkommenschätzung wird ausserordentlich erleichtert und vereinfacht. Eine Masse von sonst möglichen Streitfragen wird ganz beseitigt. Z. B. der Erbschaftsbesitzer hat zwei erbschaftliche Grundstücke während dreier Jahre bewirthschaftet. Den Gewinn an Getreide von dem einen Grundstück hat er für die Aussaaten auf dem andern verwendet; einen Theil des Gewinnes des ersten Jahres an Getreide hat er im nächsten Jahre für Wirthschaftszwecke verbraucht. Da der fructus unus est, so wird derjenige Gewinn an Naturalien, welcher in der andern Wirthschaftsperiode oder auf den andern Gegenstand verwendet wurde, gar nicht geschätzt. Dem Plus in der universitas entspricht ein Minus derselben Höhe in derselben universitas, beides macht im Endergebniss eine Null aus, braucht also gar nicht in Betracht gezogen zu werden. Viele Gegenstände, welche innerhalb der Wirthschaft periodisch entstehen und verschwinden (Dünger, Stroh etc.) erregen keine Fragen bei der Liquidation. Die Steuern, Reisekosten etc. braucht man auf die einzelnen Gewinne nicht zu repartiren, was ausserordentliche Schwierigkeiten verursachen müsste, sondern man zieht sie in Bausch und Bogen vom Gesammtgewinn ab. Sie mindern nicht den Gewinn von der vindemia oder messis, sondern nur den unus fructus.

Fructus bleibt universitas bis zum Moment der vollendeten aestimatio (additio, deductio), ad liquidum deductio. Mit der Liquidation nimmt fructus eine neue Gestalt an. Auch in dieser Phase bilden die Früchte keine Masse von einzelnen realen Objecten, sondern wiederum eine Gedankenerscheinung, eine unsichtbare Abstraction. Nach der vollendeten ad liquidum deductio bildet das Einkommen eine abstracte Zahl, eine gedachte Geld-

summe, z. B. 200 solidi, 10000 Mark. So lange die universitas in eine solche gedachte Geldsumme nicht verwandelt ist, kann man juristische Operationen mit den Früchten noch nicht vornehmen. Man kann nicht nur nicht sagen, was der Verpflichtete zu leisten, anzurechnen etc. hat, sondern man weiss noch nicht, ob überhaupt irgend welche fructus vorhanden sind. Die von uns geschilderte universitas ist vielleicht im concreten Fall nur ein Trugbild, ein leerer Klang, eine grossartige und verwickelte Form, welche zum Inhalt eine Null hat. Darum betonen die römischen Juristen, dass vor jeder anderen Entscheidung über den fructus zunächst die deductio impensarum stattfinden muss. Darum verstehen sie unter den fructus, welche sie unter den Parteien vertheilen, anrechnen etc., immer eine gedachte Geldsumme, welche den berechneten Werth der universitas darstellt:

impensas, quae, antequam portiones fructuum fiant, deducendae sunt (l. 7 pr. D. s. m. 24, 3).

vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur (§ 1 eod.).

nihilo minus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae (d. h. wiederum mit einer gedachten Geldsumme) veniet (§ 3 eod.).

et legatarius post tantum temporis decessisset, ut ex fructibus centum fierent . . . si prius decesserit, quam ex fructibus centum perciperet (l. 114 §§ 3. 4 D. de leg. 30).

cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset (l. 77 § 31 D. de leg. 31).

non sufficere reditum bonorum ad totius debiti exsolutionem (l. 34 § 2 D. de leg. 32).

adiecto eo, quod non deductis fructibus impensarum ratio haberi debeat (l. 40 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1).

fructus hereditatis post mortem avi percepti pari pecunia debito tutelae compensabuntur (l. 15 § 3 D. ad leg. Falc. 35, 2, vgl. l. 40 § 1 D. de minoribus 4, 4).

tanto minus erogari ex bonis intelligendum est, quantum . . . heres lucraturus est ex fructibus vel usuris (l. 73 § 4. eod.).

amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque . . . tanto minus . . . quantum ex fructibus . . . perceperit (l. 88 § 3 eod.).

ex fructibus medio tempore quadraginta perceperit (l. 34 D. ad sctum Treb. 36, 1).

fructibus fini relictae pecuniae non perceptis ubertatem esse necessariam anni secundi (l. 26. pr. D. quando dies 36, 2), vgl. § 2 eod.; l. 5 § 16, § 24. D. ut in poss. 36, 4; l. 9 § 1 D. de don. 39, 5; l. 24 § 20 D. de fid. lib. 40, 5; l. 6 D. de cess. bon. 42, 3; Ulp. fr. VI, 13; l. 7 § 5 D. s. m. 24, 3).

Sumptus in praedium . . . servantur, scilicet si fructuum . . summam excedant (l. 48 D. de R. V. 6, 1; Pauli S. I, 9, 7; l. 8 C. de comp. 4, 31; l. 12 C. de usuris 4, 32).

usurarumque medii temporis superfluum reciperaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit (l. 65 D. de R. V.).

Fructus ex pignore percepti in debitum computantur, et cum totum debitum adaequant (ἐὰν ἱκανοὶ γένωνται . . .) l. 1 C. de act. pign. 4, 24 etc.

Alle diese Beispiele zeigen klar, dass bei verschiedenen juristischen Operationen mit den fructus die Entscheidung sich nicht etwa auf einen Haufen Getreide, Steine, Holz etc., sondern auf eine ideelle Summe bezieht.

Die Geschichte der fructus ist oft mit dieser zweiten Phase zu Ende. Die universitas ist durch die Liquidation in eine gedachte Geldsumme umgewandelt, auf eine gleiche Geldsumme angerechnet und in dieser Weise auch im abstracten Sinne verschwunden.

Unter Umständen erlebt der fructus aber noch eine dritte Phase, in welcher er aus der Welt der Gedanken und der Symbole derselben in die Welt der realen Dinge hinabsteigt. Dies geschieht in dem Falle, wenn und insofern die Früchte zur Tilgung der Gegenansprüche nicht benützt, sondern dem Fruchtgläubiger geleistet werden. Auf Grund der obigen Berechnungen bekommt jetzt der Fruchtgläubiger eine Anzahl von realen Münzen und andern Objecten in die Hände. Die Verwandlung der universitas in eine gedachte Geldsumme war nur eine Vorbereitungsoperation, um zu bestimmen, wie viel Geld mit andern Gegenständen geleistet werden muss.

Unsere Construction des Fruchtbegriffes als einer ideellen universitas wird sich gewiss nicht leicht und nicht sogleich allgemeine Anerkennung verschaffen. Die Behauptung scheint kühn

und wunderbar zu sein. Sie enthält einen fundamentalen Widerspruch mit den traditionellen und fest eingewurzelten objectivistischen und concreten Vorstellungen und Lehrsätzen über die Früchte. Diese Befürchtungen veranlassen uns, über die besagte Construction noch einige bestätigende Bemerkungen beizufügen, obgleich dieselbe durch das oben gesagte u. E. logisch zwingend nachgewiesen ist. Wir wollen nämlich die universitas fructus mit anderen analogen Einheiten wie dos, peculium vergleichen. Wir haben hier natürlich keinen Raum dafür, eine eingehende Untersuchung über die juristischen Einheiten und ihre Arten anzustellen, noch weniger können wir eine Kritik aller in der Literatur vertretenen Ansichten liefern.[1]

Oben haben wir den fructus darum für eine universitas erklärt, weil die Passiva desselben die Gesammtheit belasten, weil die Passiva und Activa nicht zersplittert, sondern als eine ideelle Einheit auftreten. Diese Erscheinung betrachten wir als das wesentliche Merkmal der universitas (im Sinne der sogen. universitas iuris).

Das Wesen der Dos als einer entwickelten universitas ist u. E. namentlich in dem Satze wiedergegeben:

Impensae autem ipso iure dotem minuunt. sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui, n o n a d s i n g u l a corpora, sed ad universitatem erit referendum (l. 1 § 4 D. de dote prael. 33, 4).

Gewöhnlich betont man als ein wesentliches Merkmal der universitas die Erscheinung, dass dieselbe verschiedener Veränderungen, wie der Vergrösserung, der Minderung, fähig ist, ohne dabei ihre Identität einzubüssen. Die universitas ist gleichsam ein lebens- und entwickelungsfähiger Organismus.

Marcianus libro quinto regularum. Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini (l. 40 pr. D. de pec. 15, 1).

Ebenso in Bezug auf die Dos kommen die Ausdrücke crescere, minui vor (l. 56 § 3 D. de i. d. 23, 3; l. 5 pr. § 1 D. de imp. 25, 1).

1) Die Literatur: Hasse im Arch. für civ. Pr. V; Mühlenbruch, eod. XVII; Wächter, Erörterungen I; Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 90 fg.; Birkmeyer, Ueber das Vermögen im jurist. Sinne. Insbes. S. 101 fg. Ueber die Dos vgl. Bechmann, das röm. Dotalrecht II S. 178 fg.; Dernburg, Compensation (2. Aufl.) S. 105 fg.; Czyhlarz, das röm. Dotalrecht S. 227 fg.; über das peculium: Mandry, Begriff und Wesen des peculium S. 15 fg.; Fitting, das castrense peculium S. 83 N. 1. Ausserdem vgl. Windscheid P. I § 42 N. 6; Pernice, Labeo I S. 380 fg.; Dernburg P. I § 68 sub 4; Bekker, Syst. § 43.

Diese Erscheinung wiederholt sich gleichfalls bei den Früchten. Durch die reichen vindemiae geschieht das Wachsen des gesammten unus fructus. Durch die Kosten auf die missrathenen messes fructus minuitur. Ebenso geschieht die Minderung der fructus durch ein wirthschaftlich-unglückliches Jahr. Die Früchte der hereditas, der Dos werden durch die Unterhaltungskosten der unfruchtbaren Gegenstände gemindert. Wenn der reditus für die Periode von zehn Jahren berücksichtigt wird, so kann es geschehen, dass der fructus im neunten Jahre durch eine ungewöhnliche Missernte mortuus erat. Im zehnten Jahre kann der fructus wiederauferstehen und weiter wachsen. Auch die A u s d r ü c k e minui, crescere, augeri werden von den Quellen auf den fructus angewendet: si . . . fructus in tantum excreverit, ut quantitatem partis dimidiae bonorum excedat (28 § 16 D. ad. sctum Treb. 36,1); . . . non ambigitur ipsos fructus deminuere (l. 46 D. de usur. 22, 1); voluptuariae impensae . . . non etiam fructum augent (l. 79 D. de V. S. 50, 16).

Indessen betrachten wir die Vergrösserung oder Minderung des fructus an sich nicht als ein entscheidendes Argument für unsere Meinung. Die Vergrösserung oder Minderung unterscheidet die universitas von anderen Gegenständen nicht. Auch das Grundstückskapital kann sich vergrössern: durch die Steigerung der Preise, durch das Wachsen eines jungen Forstes, durch die sorgfältige Kultur, durch die Aufstellung neuer Gebäude. Ebenso kann sich dasselbe vermindern: durch Raubwirthschaft, durch Feuer, Wasser etc. Auch bleibt der Gegenstand gewöhnlich trotz der Veränderungen sich identisch, z. B. ein Haus bleibt sich identisch im Sinne des Rechtes und des Verkehrs, obwohl man das Dach oder andere Theile bei der Reparatur oder Erweiterung durch anderes Material ersetzt. Das W e s e n d e r u n i v e r s i t a s a l s e i n e s i d e e l l e n I n b e g r i f f e s b e s t e h t n i c h t i n d e r F ä h i g k e i t, s i c h z u v e r ä n d e r n, s o n d e r n i n d e r A r t, i n w e l c h e r d i e s e V e r ä n d e r u n g e n v o r s i c h g e h e n. D i e V e r ä n d e r u n g e n s i n d n ä m l i c h n i c h t p h y s i s c h, s o n d e r n n u r i d e e l l; s i e b e z i e h e n s i c h n i c h t a u f d i e e i n z e l n e n G e g e n s t ä n d e, s o n d e r n n u r a u f d i e G e s a m m t h e i t. Die physischen Veränderungen an den einzelnen Gegenständen bewirken an sich noch nicht das crescere oder das minui der universitas. Man muss vielmehr noch die „lex universitatis" kennen, um zu

wissen, wie die Vergrösserung oder Verminderung der Substratbestandtheile auf die universitas wirkt. Wenn der Ehemann schuldhafterweise eine Dotalsache mindert oder vernichtet, wird dadurch die Dos gemindert? Keineswegs, die Dos als universitas bleibt auf derselben Höhe oder wächst sogar, indem der Werth der Dos um den gemeinen oder mehr als gemeinen Preis der vernichteten Sache vergrössert wird. Wenn der Mann die Dotalsache durch die nothwendigen Veränderungen vergrössert, wird die Dos als universitas um den Betrag der Verwendungen gemindert. Ebenso beim fructus. Wenn der Fruchtschuldner schuldhafterweise den Gewinn versäumt, so ist in der Realität nichts vergrössert; die universitas fructus als eine ideelle Einheit wächst um den Betrag des versäumten Gewinnes. Ebenso vermindern den Gesammtbetrag des fructus solche Vorkommnisse, welche keinen Zusammenhang mit irgendwelchen Producten haben (die Steuern, die Zinsen, die Reparaturkosten der Gebäude, die Verluste in vergangenen Jahren). Wir gelangen also wieder zu dem oben aufgestellten Satz: das Wesen der universitas besteht darin, dass sie nur eine gedachte ideelle Einheit der Aktiva und Passiva bildet. Dieses Wesen äussert sich in der wichtigen Eigenthümlichkeit der Veränderungen der universitas, welche nur in der ideellen Welt geschehen und sich auf die Gesammtheit als solche beziehen. Auch der Baum kann wachsen, sich mindern und gänzlich absterben. Er wird aber dadurch nicht gemindert, dass jemand noch mit einem andern Gegenstand zu thun hat, oder dass man im vorigen Jahre 100 einem Arbeiter gezahlt hat. Nur die ideelle universitas kann durch solche Thatsachen gemindert werden. Ein Activbestandtheil wird als Vergrösserung der ideellen Gesammtheit angesehen, ein Passivbestandtheil wird als Minderung der ideellen Gesammtheit behandelt.

Ausser der oben dargestellten, kann man u. E. noch andere den universitates gemeinsame Erscheinungen beobachten, welche unseres Wissens noch nicht bemerkt sind. Wir haben nämlich im Leben des fructus drei Phasen konstatirt. Sind diese drei Phasen nicht auch den andern zu leistenden universitates gemein? Was die Verwandlung der universitas in eine gedachte Geldsumme anbetrifft, so wiederholt sich dieselbe nothwendig bei dos, peculium, quarta Falcidia etc. schon aus dem Grunde, weil die passiva, d. h. nur eine gedachte Grösse, von einer reellen Grösse nicht abgezogen werden können. Und da die Passiva eine gedachte Geldsumme darstellen, so müssen auch die Activa auf eine ebensolche gedachte Geldsumme reducirt werden. Durch die Deduction bekommt man eine ebensolche abstracte Zahl als Resultat.

Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quod patri dominove quique in eius potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intelligitur (Gaius IV § 73, vgl. § 4 c J. quod cum eo 4, 7).

Es ist characteristisch, dass auch hier ebenso wie bei den fructus betont wird, dass vor allem die Passiva (Forderungen des Hausherrn) abzuziehen sind; erst dann kann man sich weiter orientiren und mit dem peculium juristische Operationen vornehmen. Quod superest ist natürlich kein durch den Abzug verändertes reales Ding, sondern eben eine abstrakte Zahl.

Vor der Deduction geschieht natürlich die Schätzung:

nec aliter (iudex) ad peculii aestimationem transit (§ 4 b J. quod cum eo 4, 7).

Unter Umständen endet die Geschichte der dos, peculium, quarta etc. mit dieser zweiten abstracten Phase:

quod si tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poterit doti satisfieri, dicendum est potius fructibus hoc expensum ferendum quam fideicommisso (l. 23 § 4 D. ad sctum Treb. 36, 1).

Hier sehen wir, wie zwei universitates: dos und fructus, im Kampf gegen einander in der Phase der gedachten Geldsummen beide ihr Dasein vollständig einbüssen, ohne in die reale Welt hinunterzusteigen. Eine Specialität der universitas fructus ist aber der Kampf gegen eine andere ideelle universitas, gegen die quarta Falcidia:

his consequens erit, ut, si ex fructibus medio tempore quartam et quartae fructus habuerit pater, etiam Trebellianum senatus consultum inducamus . . . (l. 18 § 1 D. de l. Falc. 35, 2).

. . . quod percipitur (fructus) summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quarta facit et quartae fructus (l. 23 § 2 D. ad sctum Treb. 36, 1).

Ebenso kann durch die fructus pars dimidia hereditatis amortisirt werden: l. 28 § 16 D. eod.

Die ideelle universitas verwandelt sich in eine reelle Masse von Münzen und anderen Gegenständen, wenn das legirte peculium nach der aestimatio und deductio dem Legatar übergeben wird,

wenn der Mann seiner Frau die Dotalsachen und das Geld aushändigt u. s. w.

Aber nicht nur diese drei Phasen wiederholen sich bei fructus und bei den andern universitates, sondern auch gewisse Erscheinungen, welche den Uebergang der universitas in die neue Phase begleiten und vermitteln. Die (im Sinne des materiellen Rechtes) wichtigste Erscheinung dieser Art besteht darin, dass die Einwirkung der Passiva auf die Gesammtheit mit elementarer und absoluter Kraft vor sich geht. Die Quellen drücken diese Erscheinung folgendermassen aus:

Impensae (necessariae) autem ipso iure dotem minuunt (l. 1 § 4 D. de dot. prael. 33, 4).

quod superest (deducto etc.), hoc solum peculium esse intelligitur (Gaius IV § 73).

Hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest (l. 1 C. de fruct. 7, 51).

Fructus intelliguntur deductis impensis... (l. 36 § 5 D. H. P. 5, 3).

non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris (l. 15 D. de imp. 25, 1).

Mit andern Worten, man braucht zum Zweck des Abzugs der Passiva weder eine exceptio noch sonst einen Gegenanspruch geltend zu machen. Die Minderung der Gesammtheit durch die Passiva geschieht ipso iure; unter dem abstracten nomen fructuum, dotis, peculii ist von vornherein nur der Unterschied der Activa und Passiva zu verstehen. Darum haben wir oben (S. 147 fg.) entschieden, dass der Abzug der Einkommenverwendungen auch dem Dieb zu Gute kommt, obwohl ihm die exceptiones wegen der Verwendungen nicht gewährt werden. Der Dieb hat, indem er die Einkommenverwendungen gemacht hat, um so viel weniger Früchte gewonnen. Natürlich nicht im physischen Sinne, sondern im Sinne der abstracten Regeln, durch welche das Leben des nomen fructuum regiert wird.

Die Römer haben diese absolute Bedeutung der Passiva der universitas aus der naturalis ratio, aus der natura der entsprechenden universitas deducirt. Die Unterlassung der deductio schien ihnen eine krankhafte, unnatürliche Erscheinung zu sein. In Bezug auf die fructus heisst es:

quod (deductionem) non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus (l. 36 § 5 D. H. P. 5, 3),

nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat (l. 51 pr. D. fam. erc. 10, 2).

In Bezug auf das vermachte peculium:

Et si fuerit legatum peculium non deducto aere alieno, verendum, ne inutile legatum sit, quia quod adicitur contra naturam legati sit (l. 6 § 1 D. de pec. leg. 33, 8).

In Bezug auf die Dos:

Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt (l. 5 § 2 D. de pact. dot. 23, 4).

In der That folgt die deductio der Passiva aus dem oben aufgestellten Begriff der universitas mit logischer Nothwendigkeit. Wenn die universitas eine Einheit der Activa und Passiva in ihrer Gesammtwirkung ist, so kann man diese Gesammtwirkung, das Facit der universitas, gar nicht erkennen, falls man die Passiva nicht abzieht. Durch den Nichtabzug wird eben die Einheit, die Gesammtwirkung, d. h. der Begriff selbst, direct negirt. Man berücksichtigt nicht die Einheit der universitas, sondern nur einige Bestandtheile des Substrates derselben, wenn man die Passiva nicht abzieht; man zersplittert, zerstört gewaltsam die universitas, anstatt die Einheit derselben anzuerkennen.

Durch das oben Gesagte wird natürlich nicht behauptet, dass eine Partei, welche eine universitas schuldet, alle ihre Ansprüche aus Anlass der universitas durch die deductio verwirklicht. Bei der Restitution der Dos werden die impensae necessariae deducirt, impensae utiles dagegen (wenn sie einen Anspruch für den Mann begründen) in einer ganz andern Weise, als ein Gegenanspruch, geltend gemacht. Diese Erscheinung widerspricht in keiner Weise dem oben Gesagten. Sie bedeutet nur, dass die impensae utiles zur universitas gar nicht gehören. Sie stehen der universitas feindlich gegenüber; sie wirken im Inneren derselben nicht. Während die impensae necessariae durch das Recht in das Sanctuarium der universitas eingeführt wurden, hat man die impensae utiles zum selbständigen Gegenanspruch gemacht, welcher der universitas, als einer Einheit, von aussen droht. Im allgemeinen enthält der Begriff der universitas an sich keinen logischen Zwang für die Hinzurechnung einer bestimmten Erscheinung zum Organismus der universitas. Jedes nomen iuris hat seine besondere,

autonome lex universitatis, welche Product der geschichtlichen Entwickelung, der practischen Bedürfnisse und ihrer allmählichen Anerkennung, ist. Wenn die impensae utiles in die universitas dotis eingeschlossen und die impensae necessariae davon ausgeschlossen wären, so würde dies den Bedürfnissen des practischen Lebens gewiss widersprechen, es wäre aber keine begrifflich (vom Standpunkte des Begriffes der universitas) unmögliche Erscheinung.

Ebensowenig widerspricht dem Begriff der universitas, dass die Parteien dieselbe durch ihre Verabredung zersplittern können, in eine nicht-universitas verwandeln. Darum sind wir mit der oben angeführten Entscheidung von Ulpian über das legatum des peculium non deducto aere alieno nicht einverstanden. Wir haben die Stelle angeführt, weil sie die Ansichten der römischen Juristen über die „natura" der universitas characterisirt. Die Stelle enthält eben eine Uebertreibung, eine zu absolute, in den zwecklosen Formalismus übergehende Anerkennung der Bedeutung von Passiva für die universitas. Wir würden den Willen des Testators aus „begrifflichen" Bedenken nicht verletzen, sondern dem Legatar alle Activa des peculium zuschreiben, ohne ihn gegen den offenbaren Wunsch des Erblassers durch die Passiva zu belasten. Indem nämlich der Erblasser peculium non deducto aere alieno vermacht hat, hat er gar nicht die universitas, sondern die dazu gehörenden Activa vermacht. Der Wille ist klar und nicht misszudeuten. Wir sehen auch absolut keinen inneren[1] Grund, diesem Wunsch die Erfüllung zu versagen. Ulpian vergewaltigt den Willen und die vielleicht sehr wichtigen Interessen der Parteien nur darum, weil ein Laie die vom technischen Standpunkt ungeschickten Worte gebraucht hat. Er hat nämlich das Wort peculium gebraucht, welches die Juristen als eine universitas construiren, trotzdem er nicht die universitas, sondern etwas anderes dem Legatar geben wollte.

Ebensowenig folgt die Entscheidung der l. 5 § 2 D. de pact. dot. aus dem Begriff der universitas dotis. Die Entscheidung ist zwar praktisch tief begründet (vgl. den Anhang). Begrifflich wäre aber auch eine entgegengesetzte Entscheidung sehr wohl denkbar. Dann würden wir nur sagen: die Parteien können durch den Contract anstatt der Leistung der universitas dotis, die Restitution

1) Der Formalismus der Entscheidung ist vielleicht dadurch zu erklären, dass es sich um ein legatum handelt. Bei einem fideicommissum entschiede Ulpian vielleicht anders.

einiger Bestandtheile, nämlich nur der Activa ausbedingen. Darum würden wir die Verabredung „fructus non deductis impensis redditum iri" vollständig anerkennen, insofern die Verabredung im concreten Falle gegen bonos mores etc. nicht verstösst. Denn die Verabredung besagt nichts begrifflich Unmögliches. Sie fordert nicht, dass die universitas fructus gegen ihre Natur behandelt werden soll; sie besagt nur, dass nicht die universitas fructus als solche, sondern nur die Activbestandtheile derselben in Betracht kommen. Nicht universum, sondern singula.

In der Literatur wird die Frage discutirt, ob die universitas ein künstliches Rechtsproduct bildet, oder ob sie den facta, d. h. den Thatsachen des gemeinen Lebens und seinen Anschauungen durch das Recht entnommen ist. Wir können die Frage durch das folgende Bild ausdrücken: ist die universitas ein Fabrikat der Rechtsmaschine, oder ist sie vielleicht ein Product des gemeinen Lebens, welches durch das Recht zu seinen Zwecken recipirt ist? Keine Art der universitates ist so geeignet in diese Frage Klarheit zu bringen, wie die universitas fructus. Betrachten die Laien, wenn sie mit der Rechtsmaschine nicht in Berührung kommen, die fructus als eine universitas, d. h. als einen einheitlichen Begriff von Passiva und Activa in ihrer Gesammtwirkung? Ja, auf diese Erscheinung gründet sich die Einheitlichkeit des Einkommensbudgets bei den Privatwirthen, Actiengesellschaften, bei den Gemeinden, bei dem Staat. Die Einheitlichkeit des Budgets und des Einkommens bei dem Staat ist aber nicht durch das Civilrecht, sondern durch die Gesetze der öffentlichen Wirthschaft, durch das ius publicum geschaffen. Das Staatseinkommen ist eine universitas iuris publici. Die Grundsätze über die Bestimmung des Einkommens bei einer Actiengesellschaft sind ebensowenig durch das Civilrecht geschaffen. Der Landwirth berechnet sein Einkommen als ein einheitliches Ding, er zieht die Steuern, die Reparaturkosten vom Gesammtgewinn ab, ohne von den Bestimmungen des Civilrechtes über die universitates eine Ahnung zu haben. Eine interessante Nachwirkung der Anschauungen des gemeinen Lebens über das Einkommen, als ein einheitliches Ding, obwohl es aus verschiedenartigen physisch unabhängigen Stücken

und Erscheinungen emporwächst, besteht darin, dass die gemeine Sprache neben dem Pluralis „Einkünfte“ auch das „Einkommen“ im Singularis kennt. In der Darstellung der geschichtlichen Entwickelung des römischen Fruchtbegriffes werden wir besondere Ursachen kennen lernen, warum die römischen Juristen „fructus“ gewöhnlich im Pluralis (fructuum, fructibus) gebraucht haben. Neben diesem conservativen Sprachgebrauch macht sich unter den classischen Juristen auch die mehr zeitgemässe Terminologie „fructus, ex fructu, fructum“ (im Singularis) geltend. Diese viel sagende Erscheinung haben wir in dem Ausspruch von Paulus beobachtet: totius anni unus fructus est. Sie wiederholt sich auch in den Stellen anderer classischen Juristen z. B.:

si . . . fructus in tantum excreverit (l. 28 § 16 D. cit. 36, 1 Julianus).

et ut in ceteris rebus fructus deductis . . . impensis intelligitur (l. 4 D. de op. serv. 7, 7 Gaius).

cum maritus fructum totum anni retinet (l. 7 § 16 D. s. m. 24, 3 Pomponius).

ad praesentis anni fructum (l. 3 § 1 D. de imp. 25, 1 Ulpianus).

tot ex fructu bonorum (l. 26 § 2 D. quando dies 36, 2 Papinianus).

Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur (l. 9 § 1 D. de don. 39, 5 Pomponius).

Et fructum percipere iussit eum (l. 7 § 19 D. quib. in caus. 42, 4 Ulpianus).

quartae partis et fructus eius vobis restitutio competit (l. 3 C. ad sctum Treb. 6, 49).

Si quis fructus . . . capi poterit (l. 8 § 1 D. de reb. auct. 42, 5 Ulpianus).

quod eo nomine fructus ceperit (l. 9 pr. eod. Ulpianus).

Frugem pro reditu appellari (l. 77 D. de V. S. 50, 16 Paulus, Julianus).[1]

Das Wort reditus, welches späteren Ursprunges ist (vgl. unten § 16) wird gewöhnlich im Singularis gebraucht, z. B.:

universum reditum patrimonii (l. 3 § 1 D. ubi pupill. 27, 2).

patrimonii mei reditum omnibus annis (l. 22 D. de usu et us. fruct. 33, 2).

---

1) Vgl. l. 32 D. de usu fr. 7, 1; l. 18 D. de usu 7, 8; l. 61 pr. D. loc. 19, 2; l. 46 § 1 D. ad sctum Treb. 36, 1; l. 2 § 2 C. de praed. nav. 11, 3 etc.

ex reditu eius fundi, insulae, cenaculi, horrei, pecuniae, summae (l. 88 § 3 ad leg. Falc. 35, 2; l. 24 D. praescr. verb. 19, 5; l. 88 § 14 D. leg. 31; l. 91 pr. D. leg. 32; l. 18 pr., l. 19 pr., l. 20 § 1 D. de ann. leg. 33, 1).

pretium secundum reditum fundi (l. 92 pr. D. leg. 30).

praedia uberiore reditu (l. 85 D. de i. d. 23, 3).

in reditu esse, ad reditum spectare, plus reditus habere (l. 198 D. de V. S. 50, 16; l. 13 § 4 D. de us. fr. 7, 1; l. 13 § 5 eod.; l. 42 D. de usu et usu fr. 33, 2).

utiles impensae . . . ex quibus reditus mulieri adquiratur . . . Voluptuariae . . . non etiam fructum augent (l. 79 D. de V. S. 50, 16).

Endlich wird das persönliche Einkommen fast ausschliesslich durch den Collectivnamen quaestus im Singularis bezeichnet:

Non potest quaestus consistere, si eum sumptus superat (Plaut. Poen. 1, 2, 74) etc.

Besonders scharf treten die Anschauungen des gemeinen Lebens über die Einheitlichkeit des Einkommens in dem Ausdruck: jährliches Einkommen (reditus annuus, fructus anni) hervor. Dadurch werden die verschiedenen Einnahmen und Ausgaben des Wirthschaftsjahres in eine ideelle Einheit, in das eine Einkommen einer Periode verwandelt.

Die universitas fructus, reditus, quaestus ist also nicht dem Civilrecht allein eigenthümlich, sondern auch dem gemeinen Leben eigen.

IV. Theil.

Geschichte und Classification der Einkommensbegriffe. Einkommensbegriffe im Entwurf.

A. Geschichtliche Untersuchungen über die Begriffe fructus, reditus, quaestus.

§ 16. *α*. Fructus, reditus.

Das Postulat, die Verhaltungsregel, welche zur Entstehung und Entwickelung des Begriffes „Einkommen“ geführt hat, hat eine tiefe und wesentliche Bedeutung für das Leben der Menschen. Diesem Gebote gehorchen nicht nur die Menschen der höheren Cultur, sondern auch die primitivsten Völkerschaften. Ja, ähnliche Erscheinungen, wie die Unterscheidung zwischen Kapital und Einkommen, bemerkt man sogar bei gewissen Thieren. Die Ameisen z. B. essen nicht alle von ihnen gefangenen Insecten sogleich auf, sondern behalten eine gewisse Art derselben „als Kapital“, um von den ausgeschiedenen Producten dieser Insecten sich dauernd zu nähren. Eine andere Erscheinung, welche demselben Instinct entspringt, besteht darin, dass gewisse Thiere im Sommer ihren ganzen „quaestus“ nicht verzehren, sondern aufbewahren, damit sie im Winter nicht verhungern. So die Bienen, die Eichhörnchen, die Hamster etc. Bei den primitiven Menschen von Oceanien äussert sich der Einkommensinstinct darin, dass sie die Bananen, welche sie ernähren, sorgfältig behüten, selbst für ihre Bedürfnisse nicht auf einmal verbrauchen und gegen die Angriffe feindlicher Stämme vertheidigen. Ursprünglich wirkt die Idee des Einkommens natürlich nicht als ein bewusster und allgemeiner Gedanke, sondern eben nur als ein instinctiver Ausfluss des Selbsterhaltungstriebes. Die verschiedene Behandlung des „Kapitals“ und des „Einkommens“ bezieht sich nur auf einige für diese primitiven Menschen besonders wichtigen und bekannten Güter und wird nicht

leicht auf neue Güter erstreckt. Die Missionare, welche die wilden Völkerschaften, die sich hauptsächlich durch die Baumfrüchte oder wild wachsenden Pflanzen und ihre Wurzeln ernähren, Viehzucht und Ackerbau lehren wollten, haben in dieser Beziehung überzeugende böse Erfahrungen gemacht. Die Viehstücke, welche einer Familie geschenkt wurden, damit dieselbe täglich die Milch geniesse und mit der Zeit eine ganze Heerde erziehe, wurden oft an demselben Tage mit grossem Jubel gebraten und gegessen. Mit der Entwickelung der Cultur schreitet auch der Begriff des Einkommens fort. Und umgekehrt: Die Entwickelung des Begriffes Einkommen bedingt und ermöglicht die Cultur. Es entwickelt sich der allgemeine Begriff der Wirthschaftlichkeit als der Enthaltsamkeit im Genusse, um den Genuss, das Leben für die Zukunft zu sichern. Wer sich bezwingt und aus vernünftiger Sorge für die Zukunft nicht, wie ein Thier, alles verzehrt, was nur verbraucht werden kann, sondern dasjenige zu erhalten sucht, was ihm und seiner Familie für die Zukunft den Lebensunterhalt sichert, der ist ein bonus pater familias im primitiven Sinne, der handelt wirthschaftlich. Diese Bemerkungen werden genügen, um die bemerkenswerthe Thatsache zu erklären, dass die Wortwurzel frug drei auf den ersten Blick grundverschiedene Bedeutungen hat.

1. frug (frugi, frugalitas) bedeutet die Enthaltsamkeit im Essen, die Sparsamkeit, die Wirthschaftlichkeit, die Ordentlichkeit.

Sunt omnes Siculi non contemnendi, sed homines satis fortes ei plane frugi ac sobrii (Cicero, Verr. 2, 3, 27, 67).

non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit modum alimentis dabit (l. 3 § 3 D. ubi pupillus 27, 2).

Sed et personarum contemplatio habenda est, hoc est, cuius vitae sint hi, quibus alimenta relicta sunt: utrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possint (l. 8 § 11 D. de transact. 2, 15).

. . . aut ex frugalitate sua peculium adquirentem (l. 18 pr. D. de Aed. ed. 21, 1).

. . . eo tempore fecit, quo iste tutor bonae vitae vel frugi videbatur (l. 3 § 3 D. de adm. et per. 26, 7).

diligentiam . . ., quam debent homines frugi et diligentes praestare (l. 12 D. de per. et comm. 18, 6).

Besonders häufig wird die Ordentlichkeit eines S c l a v e n durch den Ausdruck bonae frugi, frugi vitae etc. bezeichnet.

Sed et si bonae frugi servus intra annum mutatis moribus . . . (l. 23 § 5 D. ad l. Aquil. 9, 2).

multum interest, qualis servus sit, bonae frugi, ordinarius, dispensator, an vero vulgaris vel mediastinus an qualisqualis (l. 15 § 44 D. de iniur. 47, 10).[1]

2. frug (frui) bedeutet, zweitens, essen, sich ernähren, geniessen.

Neque enim homines murum aut formicarum causa frumentum condunt, sed coniugum et liberorum et familiarum suarum. Itaque bestiae furtim, ut dixi, fruuntur, domini palam et libere (Cic. de nat. deorum II, 63, 157).

propter nauticarum rerum scientiam plurimisque maritimis rebus fruimur (eod. II, 60, 152).

quae gignuntur nobis ad fruendum (Idem de legibus II, 17, 16).

curatoris fidei commisit, ne pateretur fundum venire, sed cum Sempronia et Maevia nutricibus suis frueretur (alumnus) reditu eius (l. 34 § 1 D. de usu et usu fr. 33, 2).[2]

3. Endlich wurde die Wurzel frug auf die Baumfrüchte (fructus), das Gemüse und andere geniessbare Pflanzen (fruges), das Getreide (frumentum, ein Wort, wie die Etymologie zeigt, späteren Ursprungs, als frui, frugi, fruges, fructus) angewendet.

Glandis appellatione omnis fructus continetur, ut Javolenus ait, exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species *ἀκρόδρυα* appellantur (l. 236 § 1 D. de V. S. 50, 16; vgl. l. un. D. de glande leg. 43, 28).

frumentum autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero et fabam fruges potius dici (l. 77 D. de V. S. 50, 16).

vineta, segetes, oliveta, ubertatem frugum et fructuum, omnem denique commoditatem a dis habere (Cic. de nat. deorum III, 36, 86).

neque oleo neque frumento neque frugibus usurum (l. 12 § 1 D. de usu 7, 8).

---

1) l. 13 § 3 D. de act. empti 19, 1; l. 1 § 4 D. de servo corr. 11, 3 und andere.

2) Im übertragenen Sinne:
Eum esse beatum, qui praesentibus voluptatibus frueretur confideretque se fruiturum aut in omni aut in magna parte vitae (Cic. Tusc. 3, 17, 38). Vgl. l. 10 § 3 C. 5, 27; l. 2 pr. C. 1, 13; l. 3 C. 1, 55; ll. 7. 16. 29 C. 2, 7.

Der Zusammenhang dieser drei Bedeutungen des frug ist klar. In diesen drei Anwendungen drückt die Wurzel frug das ganze wirthschaftliche Leben des primitiven Menschen: die Zwecke der Wirthschaft, ihre Regeln und Mittel aus. Die primitive Regel der Wirthschaftlichkeit besteht in der Enthaltsamkeit; der Zweck der Wirthschaft ist frui, die ordentliche Ernährung des Menschen; das wichtigste Object des frui sind fructus, fruges, später auch fru(g)-menta. Diese Anwendungen der Wurzel frug zeigen uns, wie uralt und wichtig für den Menschen die Idee ist, welche den späteren abstracten Begriff fructus erzeugt hat. — Mit der Entwickelung der Cultur erfahren alle drei verwandten Begriffe, welche aus der Wurzel frug emporgewachsen sind, erhebliche Aenderungen und Erweiterungen. Auf den höheren Culturstufen hört die Enthaltsamkeit auf, ausschliessliche und genügende Regel der guten Wirthschaft zu sein. Von einem guten pater familias wird nicht nur eine passive frugalitas, sondern vielmehr eine positive Thätigkeit erfordert, eine sorgfältige und verwickelte Auswahl (dilegere) der Handlungen, welche zur Erreichung und Erhaltung des Wohlstandes führen, eine positive und schwierige Sorge für das zukünftige frui der familia. In der classischen Literatur und in der Sprache der classischen Juristen sind die Ausdrücke homines frugi etc. nur Archaismen, sprachliche Ueberbleibsel. Die neuen Postulate der Ordentlichkeit drückt gewöhnlich der Ausdruck diligentia, homo diligens aus. Nur in Bezug auf die Sclaven, von welchen man mehr eine passive Ordentlichkeit erfordert, sind die Ausdrücke homo frugi vitae, homo bonae frugi technisch geblieben. Frugalitas bedeutet jetzt nicht alle virtutes des bonus pater familias, sondern nur eine von vielen:

Deiotarum saltantem quisquam aut ebrium vidit umquam? Omnes in illo sunt regiae virtutes, sed praecipue singularis et admiranda frugalitas . . . ego tamen frugalitatem, id est modestiam et temperantiam, virtutem maximam iudico (Cic. pro rege Deiotaro 9, 26, 27).

Ebenso hat der Begriff fructus mit der Zeit eine viel weitere und abstractere Bedeutung angenommen. Schon sehr früh hat man eine wichtige Abstraction gemacht — und das gemeinsame Merkmal der fruges, fructus und frumenta durch einen gemeinsamen Ausdruck zusammengefasst. Fruges, fructus, frumenta haben das miteinander gemein, dass sie den Gegenstand des ordentlichen frui bilden, dass sie in fructu hominis sind. Daher hat

man sie alle als in fructu hominis oder als fructus schlechthin bezeichnet. Zu der primitiven Bedeutung der fructus, als Baumfrüchte, hat sich eine mehr abstracte Bedeutung zugesellt: fructus = fruges, fructus, frumenta. In dieser zweiten Bedeutung kommt das Wort fructus in der classischen Sprache ausserordentlich häufig vor.[1]

Bemerkenswerth ist die Thatsache, dass die Wortwurzel frug auf die Thierjungen nicht bezogen wurde. Die spätere Subsumption der Thierjungen durch die Juristen unter den Begriff fructus schien vom sprachlichen Standpunkt so befremdend zu sein, dass auch die Juristen selbst die fetus pecorum den fructus sprachlich entgegenstellen.

Ex die emptionis et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinet (Paulus S. II, 17, 7).

Item si fructus post mortem testatoris perceptos his servus . . . contrectaverit, locus erit huic actioni: sed et si partus vel fetus

---

1) Einen ebenso allgemeinen Sinn der dona Cereris hat das Wort frux gewonnen. Später wurde aber das Wort frux durch fructus fast gänzlich verdrängt und nur als Archaismus hauptsächlich in Bezug auf die sacralen Angelegenheiten gebraucht:

Rutilae canes, id est non procul a rubro colore, immolantur, ut ait Ateius Capito, canario sacrificio pro frugibus deprecandae saevitiae causa sideris caniculae (Fest. v. Rutilae).

ad sacrificium referri solet domum ex segete auspicii causa, quasi revocantur fruges. Idem v. Refriva.

In den XII Tafeln kommt das Wort fruges im landwirthschaftlichen Sinne in folgenden Ausdrücken vor: „Qui fruges excantassit . . . (Bruns, leges XII T., T. VIII, 8; Frugem aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant (eod. VIII, 9, vgl. eod. VIII, 24).

Von den classischen Juristen gebraucht Paulus das Wort frux im Sinne der Ackerbauproducte:

Frugibus legatis tam legumina, quam hordeum et triticum continentur (S. III, 6, 78).

agrove colendo, condendis vendendisque frugibus praepositus (eod II, 8, 2).

Frugibus ex fundo subreptis tam colonus quam dominus furti agere possunt (eod. II, 31, 30; vgl. l. 83 § 1 D. de furt. 47, 2).

Es ist sehr möglich, dass Paulus absichtlich dieses Wort gewählt hat, um in den angeführten Stellen, wo es sich nicht um die fructus im technisch-juristischen Sinne handelt, sondern nur um einen landwirthschaftlichen Terminus, die Verwechselung der Begriffe zu vermeiden. Die fruges legatae, subreptae etc. bedeuten gerade nicht die fructus im juristischen Sinne, sondern nur das Kapital besonderer Beschaffenheit (res legatae, res furtivae). Frux im technisch-juristischen Sinne des Einkommens kommt in unseren Quellen u. W. nur einmal vor (l. 77 D. de V. S. 50, 16).

post mortem adgnatos, tantundem erit dicendum (l. 1 § 11 D. si is, qui test. 47, 4).

et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam (l. 12 pr. D. quod metus 4, 2).

Sed et in partus ancillarum et fetus pecorum, item fructus aeque omni modo legatarius et fideicommissarius mittentur (l. 5 § 8 D. ut in poss. 36, 4).

Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt (l. 4 § 5 D. de usurp. 41, 3).

Wir brauchen nicht besonders auszuführen, wie gründlich diese Erscheinung der Theorie der organischen Erzeugnisse, als besonders echter und ursprünglicher Früchte widerspricht. Vom richtigen geschichtlichen Standpunkt ist dagegen das Widerstreben der Sprache gegen die Erstreckung der Wortwurzel frug auf die fetus pecorum sehr erklärlich. Zu den Gegenständen des frui eines homo frugi, eines ordentlichen Menschen der alten Cultur, gehören die fetus pecorum nicht. Wenn jemand die fetus pecorum ebenso als fruges, fructus, frumenta behandelte, d. h. dieselben in der ganzen Masse als Consumptionsfond der entsprechenden Wirthschaftsperiode verbrauchte, so würden ihn die homines frugi, diligentes patres familias für einen Verschwender, für einen schlechten Wirth erklären. Denn er würde nach wenigen Jahren seinen ganzen Viehreichthum in unvernünftiger Weise aufgezehrt haben. Seine Heerden würden ja in 5 Jahren die Hälfte ihres Werthes verlieren und in 10—15 Jahren nur die Erinnerung an den früheren Wohlstand und die kläglichen Reste hinterlassen. Dazu kommt noch die bekannte Thatsache, dass man im Alterthum den Viehstand für den hauptsächlichen Reichthum hielt, dass die sparsamen Leute die Kapitalien nicht in der Gestalt der pecunia in Metall, sondern eben in pecunia im ursprünglichen Sinne, in pecus, ansammelten. Die Bibel erzählt uns, dass die Kälber etc. nur in ausserordentlichen Fällen geschlachtet wurden; ebenso werden bei Homer die Thiere aus Anlass der besonderen freudigen Ereignisse geschlachtet, hauptsächlich für die Gäste; der Hauptvorwurf, welchen Odysseus den Freiern seiner Frau macht, besteht darin, dass sie als beständige Gäste in seinem Hause seine Thiere geschlachtet und gegessen haben. — In der gewöhnlichen Zeit suchte man das Viehkapital unantastbar aufzubewahren und sich vermehren zu lassen. Darum wurden die Thierjungen nicht durch einen Namen mit der Wurzel frug charakterisirt, sondern lediglich nach ihrem Ursprung,

fetus (organische Erzeugnisse) oder ihrer Bedeutung nach für das Kapital (adgnata) bezeichnet. Mit dem Wachsthum der Bevölkerung, der Occupation freier Ländereien und der Einführung des Geldes in Metall ändern sich freilich die Verhältnisse. Der sesshaft gewordene Landwirth kann nicht mehr, wie Abraham, Jacob und andere biblische boni patres familias, seine Heerden ins Unendliche wachsen lassen. Man hat nicht mehr die unermesslichen freien Ländereien vor sich, sondern man ist auf ein Grundstück bestimmter Grösse beschränkt. Die Heerden werden zur Last, wenn sie für die Wirthschaftsverhältnisse auf dem kleinen Stück Land zu gross werden. Man sammelt jetzt den Reichthum nicht mehr im Vieh, sondern in Metall. Zwar behandeln die homines frugi die Thierjungen **auch in dieser Epoche ganz anders** als die fructus, fruges, frumenta. Diese letzteren Gegenstände bilden ein zweifelloses Object des frui, weil durch ihren vollen Verbrauch der Lebensunterhalt in der Zukunft in keiner Weise gefährdet wird. Das Grundstück wird durch den periodischen Verbrauch der fruges, fructus, frumenta weder in seiner Grösse, noch in seiner Ertragsfähigkeit gemindert. Die Heerde schmilzt dagegen schnell zusammen; man kann nur in gewissem Masse, nur beschränkt und bedingt die fetus zum Gegenstand des frui machen. Die beschränkte Ausdehnung des Begriffes fructus auf die fetus pecorum ist durch die Jurisprudenz in einer verhältnissmässig späteren Zeit geschehen, so dass die Thatsache schon zu den geschichtlichen gehört, in den Quellen erzählt wird.

Wir gehen nunmehr zu der zweiten Periode der Entwickelung des Fruchtbegriffes über, welche wir als civilrechtliche bezeichnen können. Der wirthschaftliche Begriff der fructus wird aus der gemeinen Sprache in die juristische Terminologie recipirt. In der neuen Sphäre der Anwendung ändert er seinen Inhalt und Umfang zum Nichtwiedererkennen.

Die erste juristische Bearbeitung und Umgestaltung wurde dem Fruchtbegriff im Gebiete des Niessbrauches zu Theil. Warum die alten römischen Juristen den Fruchtbegriff namentlich im Gebiete der Niessbrauchslehre zum technisch-juristischen Begriff herausbildeten, ist erklärlich, wenn wir berücksichtigen, dass beim Niessbrauch die Frage, was zu den Früchten vom rechtlichen Standpunkt gehört, was nicht, die wichtigste, ja im alten ius civile fast ausschliessliche Bedeutung hatte. Je nachdem man einen Gegenstand als Frucht oder Nichtfrucht anerkennt, gehört er ver-

schiedenen Parteien, dem Niessbraucher oder dem Proprietar. Die anderen Institute, in welchen das Fruchtverhältniss eine ebenso entscheidende Bedeutung hat, wie der Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers, die Restitution der Dos, sind verhältnissmässig später entstanden. Die ersten Juristen, über deren Controverse in Bezug auf den Umfang des juristischen Fruchtbegriffes uns berichtet wird, sind P. Scaevola, M. Manilius, M. Brutus. Die Frage, welche nach dem Bericht von Cicero (de fin. bon. et mal. I, 4, 12 vgl. unten) diese iuris conditores discutirt haben, bezog sich auf den partus ancillae: sitne in fructu habendus. Gewiss war auch das Fruchtverhältniss der fetus pecorum zwischen diesen Juristen streitig, denn es wird uns berichtet, dass erst Sabinus und Cassius eine endgültige Lösung herbeigeführt haben. Sie haben nämlich eine Mittelmeinung geltend gemacht, nach welcher bei einzelnen Thieren die Jungen dem Niessbraucher gehören, bei den Heerden dagegen die adgnata zunächst das Kapital ergänzen und erneuern sollen.

Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere . . . (l. 68 D. de usu fr. 7, 1).

Dieselben Juristen haben auch einige einzelne Fragen des Institutes der Substitution sachgemäss entschieden. Z. B.:

unde Gaius Cassius libro octavo scribit carnem fetus demortui ad fructuarium pertinere (l. 70 § 2 D. eod., vgl. princ. eod.).

Gaius Cassius betrachtete also den Tod der Thierjungen, d. h. die eingetretene Unmöglichkeit ihrer Substitution als Grund des Eigenthumserwerbes für den Niessbraucher. Daraus ersehen wir, dass die von Julian später gelieferte juristische Construction der Verhältnisse an den Thierjungen vor der Submission (dominium pendens) den Ansichten der ersten Erfinder des Institutes besser entsprach, als die nicht durchgedrungene Ansicht von Pomponius. Die bedingte Lösung der Frage nach den Thierjungen seitens Sabinus und Cassius ist vom juristischen Standpunkt als eine epochemachende technische Erfindung zu bezeichnen. Diese Entscheidung ist durch ihre Ausdehnung auf andere Arten der Wirthschaft und andere Rechtsverhältnisse zur Grundlage der sachgemässen Unterscheidung zwischen Kapital und Frucht bei Gesammtkapitalien geworden.

Indem die alten römischen Juristen den Thierjungen bedingt und theilweise das Fruchtverhältniss zugeschrieben haben, haben

sie den partus ancillae vollständig und unbedingt von der Reihe der Früchte ausgeschlossen. Darüber wird uns Folgendes berichtet.

An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis P. Scaevolam, M. Manilium ab hisque M. Brutus dissentiet . . . (Cic. de fin. bon. et mal. I. 4, 12).

Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit (l. 28 § 1 D. de usuris 22, 1 von Gaius).

Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit, fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest (l. 68 pr. D. de usu fr. 7, 1 von Ulpianus).

Die Begründung dieser Entscheidung, was ihre theoretische Richtigkeit anbetrifft, wurde in der neuesten Zeit vielfach angefochten. Man erklärt den Ausschluss des partus ancillae von den Früchten lieber dadurch, dass die Sclavin nicht ihrer wirthschaftlichen Bestimmung gemäss Kinder gebiert. Alle sind dagegen darin einig, dass die Begründung „neque enim in fructu hominis homo esse potest“ an sich ein gutes Zeugniss für die ethisch-philosophischen Ansichten der römischen Juristen enthalte, und zwar erblickt man darin den veredelnden Einfluss der stoischen Philosophie. In der neuesten Zeit wurde freilich den römischen Juristen der Vorwurf gemacht, dass ihre edlen Ansichten nur hübsche Phrasen geblieben sind, dass dieselben mit dem ganzen Institut der Sclaverei nicht im Einklang stehen. — Wenn Brutus und andere veteres diese Commentare ihrer Meinung im Hades hören könnten, würde trotz der Traurigkeit des Ortes gewiss grosse Heiterkeit unter ihnen entstehen. Die modernen grossartigen Schlüsse über die ethischen Ansichten, stoische Philosophie etc. beruhen nämlich auf einem curiosen Missverständniss. Aus dem Satz: „absurdum enim videbatur hominem in fructu esse“ ist weiter nichts in Bezug auf die Ansichten der Römer über die Sclaverei zu schliessen, als dass die Römer ihre Sclaven nicht gegessen haben. Wir haben oben durch das erhaltene sprachliche Material gezeigt, was fructus, in fructu esse, frui etc. in der alten Zeit bedeutet hat. Die fragliche Begründung enthält nichts weiter als die Anwendung der oben entwickelten Bedeutung des frui, in fructu hominis esse. Darum schien es den veteres absurd (absurdum videbatur) den partus, d. h. einen Menschen, zu dem fructus

hominis (in fructu hominis) hinzuzurechnen. Dahin gehören ja nur die Gegenstände, durch welche die natura rerum den Menschen ernährt. Mit der Zeit hat die Jurisprudenz den fruges, frumenta, fructus vieles gleichgestellt, was noch ungeniessbarer ist, als die Sclavenkinder, wie die Steine, das Geld. Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Frage nach den Sclavenkindern „vetus fuit“, dass sie von denjenigen Juristen erörtert wurde, welche den späteren abstracten Begriff des Einkommens nicht gekannt haben, sondern nur den engen Begriff fructus = frugus, fructus, frumenta der Laiensprache der ersten juristischen Bearbeitung unterwarfen. Sogar die fetus pecorum wurden erst von ihren Nachfolgern den fructus in gewissen Fällen gleichgestellt. Zur Zeit von Gaius war die alterthümliche Begründung natürlich ein Anachronismus. Uebrigens spricht er dieselbe nur als eine Ueberlieferung des Alterthums aus (absurdum videbatur). Ebenso scheint Ulpian in der l. 68 pr. cit. nicht seine eigene Erklärung abzugeben, sondern nur die überlieferte Meinung von Brutus wiederzugeben. In der l. 27 pr. D. de H. P. 5, 3 giebt er seine eigene von der ersteren grundverschiedene Erklärung an, welche jedenfalls keinen Anachronismus enthält.

Ueber das Wann und Wie der Erstreckung des juristischen Fruchtbegriffes auf die Gegenstände, welche nicht als Nahrungsmittel der Menschen erscheinen, wie auf das Holz, Steine, Metalle etc. haben wir keine ausdrücklichen geschichtlichen Berichte. Ueber die allgemeine Richtung der geschichtlichen Entwickelung können wir auf indirectem Wege nur Folgendes den Quellen entnehmen.

Man hat dem Niessbraucher eines Grundstückes ausser den fruges, fructus, frumenta auch vom Reichthum an Holz und Mineralien zunächst soviel zu entnehmen erlaubt, als dies für die Bedürfnisse der Wirthschaft nöthig war. Zwar bildeten diese Dinge keine unmittelbaren Objecte des frui, im Sinne der Ernährung, sie gehörten aber doch zum frui im weiteren Sinne, im Sinne des Lebensunterhaltes. Der Niessbraucher könnte nicht mit Erfolg auf dem Grundstück wirthschaften und sich ernähren, wenn er kein Holz für die Küchen, für die Weinpfähle, Zäune etc. hätte, keinen Kalk, Thon u. s. w. für die Gefässe und nothwendigen Bauten — dem Grundstück entnehmen könnte. Die mässige, auf die Bedürfnisse der Wirthschaft beschränkte Ausbeute der Mineralien und des Holzmaterials konnte auch die rerum substantia nicht antasten. In dieser Weise fing der Begriff fructus an, nicht nur die eigentlichen ordentlichen Mittel der Ernährung zu bedeuten, sondern sich auch auf andere Gegenstände des unmittelbaren Verbrauches zum Zwecke der Befriedigung der Bedürfnisse und der ordentlichen Wirthschaftsführung zu erstrecken.

Ein weiterer Schritt der Entwickelung bestand darin, dass man dem Niessbraucher auch die Ausbeute zum Verkauf erlaubt hat. Diese Phase der Entwickelung ist einer verhältnissmässig späteren Zeit, der Zeit der vorgeschrittenen Geldwirthschaft, zuzuschreiben. Der Grundgedanke der Erstreckung des Begriffes frui auf das Gewinnen von Geld bestand im Folgenden: Mit der Verbreitung der Austauschwirthschaft, der Production zum Verkauf, hat man sich überzeugt, dass nicht nur der periodische Gewinn an Gegenständen des unmittelbaren Verbrauches den Lebensunterhalt sichert, sondern auch der periodische Geldgewinn. Die Landwirthe producirten nicht mehr, wie in der alten Zeit, nur für ihren eigenen Bedarf, sondern sie haben ihre Grundstücke zu Mitteln des regelmässigen Geldgewinnes gemacht. Wenn nun der pater familias eine Geldwirthschaft geführt hat, so musste man seinen Willen beim legatum usus fructus dahin interpretiren, dass er auch dem Niessbraucher die Geldwirthschaft fortzusetzen erlauben wollte. Wahrscheinlich wurde dem Niessbraucher die Ausbeute zum Verkauf zunächst namentlich nur in solchen Fällen erlaubt, wenn pater familias vendere solebat. Später ist man noch weiter gegangen: der Niessbraucher darf nicht nur dann die Ausbeute zum Verkauf betreiben, wenn dies der Testator persönlich gethan hat, sondern auch dann, wenn ein ordentlicher Wirth die Ausbeute zum Verkauf als nach Massgabe der Fülle des Naturalreichthums des Grundstückes für möglich und zulässig betrachten würde. Mit anderen Worten, der Begriff des frui wurde von dem unmittelbaren Genuss in die Einkommengewinnung und zwar in die Geldgewinnung verwandelt.

Die Gestattung der Geldausbeute hat den Umfang und Inhalt des Fruchtbegriffes radical verwandelt. Es entstanden dabei viele neue Zweifelfragen. Man musste auch das Mass der Ausbeute nach ganz neuen Grundsätzen bestimmen. Früher, als der Niessbraucher die organischen und unorganischen Reichthümer des Grundstückes nur für den eigenen unmittelbaren Bedarf ausbeuten durfte, wurde das Mass der Nutzung eben durch den Umfang des unmittelbaren Bedarfes normirt, und zwar waren ihm durch diese

Norm selbst sehr enge Schranken gezogen. Jetzt, da der Niessbraucher zum Zweck der Geldgewinnung die Substanz im hohen Grade erschöpfen könnte, musste man dafür sorgen, eine neue Grenze der Nutzung zu bestimmen. Diese Grenze wurde durch die römischen Juristen in verschiedener Weise bei verschiedenen Arten der Ausbeute normirt. Dabei hat man aber den früheren engeren Kreis der Ausbeute (in den Grenzen des unmittelbaren Bedarfs), wie dies auch dem Conservatismus der römischen Juristen entspricht, stehen bleiben lassen.

Darum stellen die Rechte des Niessbrauchers in dem Titel de usu fructu gleichsam zwei geologische Schichten dar. Die erste Schicht (welche aus der älteren Zeit stammt) stellt einen zwar sehr engen Kreis der Nutzung dar (weil nur in den Grenzen des unmittelbaren Bedarfes); in diesem engen Kreise bewegt sich aber der Niessbraucher mit grosser Freiheit. Die zweite Schicht bildet die Nutzung zum Verkauf, ein viel grösserer Kreis, welcher aber sehr strenge bestimmt ist.

Warum der Niessbraucher im engeren Kreise sich mit grösserer Freiheit bewegt, ist klar. Zur Zeit, als dem Niessbraucher nur die Nutzung in diesen Grenzen erlaubt wurde, hat man nicht gefürchtet, dass das Kapital eine Raubwirthschaft erleiden kann. Diese Gefahr entstand erst bei der Nutzung zum Verkauf. Darum darf der Niessbraucher zum eigenen Bedarf Vieles gewinnen, dessen Gewinn zum Verkauf streng verpönt ist.

Die Erstreckung des frui auf die organische und unorganische Ausbeute in den Grenzen des eigenen Bedarfes stand zur Zeit von Labeo und Sabinus schon fest.

Materiam tamen ipsum (usufructuarium) succidere quantum ad villae refectionem (Labeo) putat posse: quemadmodum calcem, inquit (Labeo), coquere vel harenam fodere aliudve quid aedificio necessarium sumere (l. 12 pr. D. de usu fr. 7, 1).

Daraus ersehen wir, dass der Niessbraucher zur Zeit von Labeo das Holz, den Sand, den Kalk schon ausbeuten durfte, aber in den Grenzen des unmittelbaren wirthschaftlichen Bedarfes.

Keine grösseren Rechte hat dem Niessbraucher Sabinus in Bezug auf die Mineralien zugeschrieben:

Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias (l. 9 § 2 eod.).

Dass der Ausspruch von Sabinus sich namentlich auf die

Ausbeute zum eigenen Bedarf bezieht, wird durch die unten (S. 242) beigefügte Ausführung über des Sinn des Wortes „uti“ gezeigt.

Was die Holzgewinnung anbetrifft, so entstehen starke Zweifel, ob die römischen Juristen dem Niessbraucher auch in der späteren classischen Zeit eine freie Einkommengewinnung (im Sinne des Geldgewinnes) gestattet hätten. Nach der unbefangenen Prüfung des Quellenmaterials sind wir vielmehr zur folgenden Ueberzeugung gekommen:

1. Dem Niessbraucher ist im entwickelten römischen Rechte zunächst die Holzgewinnung zum eigenen Bedarf erlaubt. — Und zwar hat er bei dieser Art der Nutzung eine grosse Freiheit, so dass er auch einer silva non caedua das Holz entnehmen darf:

Pomponius . . . ad Sabinum: Ex silva caedua (nicht im technischen Sinne des Niedergehölzes, sondern im Sinne des schlagbaren Forstes) pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum: ex non caedua in vineam sumpturum, dum ne fundum deteriorem faciat (l. 10 eod.).

Auch die durch den Sturm gefällten Stämme darf der Niessbraucher in dieser engeren Grenze ausnutzen (l. 12 pr. eod.).

Nur die arbores grandes darf der Niessbraucher zum eigenen Bedarf nicht fällen (l. 11 eod.).

2. Eine umfangreichere Holzgewinnung, zum Verkauf, ist durch die Regeln der Substitution gewährt. Die Substitution ergiebt einen Holzgewinn auch bei einem Park, Weinberg, Obstgarten etc. Bei den hochstämmigen Bäumen ist aber die Substitution nicht in dem Sinne gestattet, dass der Niessbraucher nur an die Erhaltung des Kapitals im ursprünglichen Werth von Periode zu Periode gebunden ist. Er darf vielmehr nur die wirklich untauglich gewordenen Bäume (arbores inutiles im engeren Sinne), die kranken oder ausgetrockneten Bäume wegnehmen. Sonst könnten wir uns die angeführten Stellen nicht erklären (insbesondere die l. 11 cit.).

Die anderen Naturalreichthümer des Grundstückes haben die römischen Juristen durch die einzelnen Entscheidungen auch zum Zwecke des Geldgewinnes auszubeuten erlaubt. — Auf die silva caedua im technischen Sinne, harundinetum, silva palaris hat die Geldwirthschaft, wie es scheint, Trebatius ausgedehnt:

si fundi usus fructus fuerit legatus et sit ager, unde palo in fundum, cuius usus fructus legatus est, solebat pater familias uti, vel salice vel harundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne

ex eo vendat, nisi forte salicti ei vel silvae palaris vel harundineti usus fructus sit legatus: tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit silvam caeduam et harundinetum posse fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat, et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti (l. 9 § 7 eod.).

Dass die Mineralienausbeute zum Zweck des Geldgewinnes im späteren römischen Rechte dem Niessbraucher gestattet ist, folgt aus der l. 13 § 5 eod. (arg. der Ausdruck „plus reditus" vgl. unten über das Wort reditus) und der l. 6 pr. D. de serv. pr. r. 8, 3.

Den Geldgewinn bei einem seminarium hat dem Niessbraucher erst Ulpianus gestattet:

Seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere, ita tamen, ut et vendere ei et seminare (d. h. zu verkaufen und zur Bepflanzung anderer Grundstücke [ausser dem fundus fructuarius] zu gebrauchen) liceat (l. 9 § 6 eod. von Ulpianus).

Was endlich die Jagd, Fischerei u. dgl. anbetrifft, so können wir mit Sicherheit annehmen, dass die Ausbeute für die eigene Küche und zum Vergnügen dem Niessbraucher niemals verwehrt wurde. Und zwar an eine je ältere Epoche wir denken, desto weniger kann dieser Satz bezweifelt werden. Nicht auf eine solche Ausbeute, sondern auf die umfassendere Ausbeute, auf die Geldwirthschaft, bezieht sich die l. 9 § 5 D. de usu fr.:

Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere: ergo et piscationum (vgl. unten über das Wort reditus).

Als Endergebniss der langen Entwickelung erscheint der Satz:

Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur (l. 12 § 2 eod.).

So viel über die Entwickelung des Fruchtbegriffes im Gebiete der Niessbrauchslehre. Man muss aber beachten (und dies ist für das Verständniss der Geschichte des Fruchtbegriffes und für den dogmatischen Fruchtbegriff ausserordentlich wichtig), dass der Fruchtbegriff nicht immer an die Scholle des Niessbrauchsgebietes gebunden geblieben ist. Mit der fortschreitenden Rechtsentwickelung und zwar schon zur Zeit von Labeo und Sabinus erscheinen viele neue Institute, wo der Fruchtbegriff eine ebenso wichtige Rolle spielt, wie beim Niessbrauch. Dahin gehört der Fruchterwerb des bonae fidei possessor, vor allem aber das Institut der Restitution

der Dos. Es entstand die Frage, was dem Ehemann als Frucht, was der Frau als Kapital zu gewähren ist. Mit der Entwickelung der Theilung der Dotalfrüchte interessirten sich die Juristen für die Frage, was Gegenstand der Theilung ist u. s. w. Im Gebiete der actio rei uxoriae, wo man nicht das Postulat der salva rerum substantia ängstlich interpretirte, sondern den Inhalt der Principien aequius melius in der freiesten Weise entwickelte, musste auch der Begriff der Frucht eine freiere Entwickelung erlangen. Indem nämlich dem Niessbraucher ursprünglich eine ganz enge Grenze der Nutzung gestattet wurde, und die römischen Juristen mit dem ihnen eigenen Conservatismus langsam und vorsichtig seine Rechte ausdehnten, handelte es sich bei der Entwickelung der actio rei uxoriae um ein entgegengesetztes Verfahren. Der Ehemann war ursprünglich ein voller Herr der Dos. Die Einführung der Restitution derselben erschien als eine Singularität, als die Beschränkung des Grundsatzes: dotis causa perpetua est. In diesem Gebiete können wir darum nicht erwarten, dass dem Ehemanne zunächst geringere und mit der Zeit immer grössere Rechte gewährt werden. Im Gegentheil: die geschichtliche Entwickelung bewegt sich im Sinne der allmählichen Einschränkung der Rechte des Mannes. Den Fruchtbegriff hat man natürlicher Weise von Anfang an sehr frei zu Gunsten des Mannes interpretirt und da dieser Begriff in anderen Rechtsgebieten sich immer mehr erweiterte, so hat man ihn auch im Gebiete der Dotalverhältnisse nicht eingeschränkt. — Diese geschichtliche Vorbemerkung erklärt uns folgende Thatsache:

Im Gebiete der Dotalverhältnisse finden wir keine Spur von den erwähnten zwei Formationen des Fruchtbegriffes: 1. Nutzung zum eigenen Bedarf, 2. zum Verkauf.[1]

Der Mann konnte vielmehr alle Naturalreichthümer des Dotalgrundstückes, auch den Holzbestand und die Mineralien, zum Zweck der Geldgewinnung frei ausbeuten. In Bezug auf die Mineralien erfahren wir aus der l. 18 D. de fundo dot. 23, 5, dass Labeo dem Manne die Ausbeute derselben zum Verkauf gewährt hat. (Labeo marmor [quod caesum neque exportatum esset] viri esse ait). Ebenso gehören dem Manne die arbores caeduae vel gremiales (l. 7 § 12 s. m. 24, 3), ohne Beschränkung auf den un-

1) Ebensowenig in den anderen Gebieten des Fruchtrechtes ausser dem Niessbrauch. Darum haben wir in der dogmatischen Darstellung die Eigenthümlichkeiten des Niessbrauches nicht berücksichtigt.

mittelbaren Bedarf. Die Verpachtung wurde zur Zeit von Sabinus dadurch ganz klar als frui und der Pachtzins als fructus anerkannt, dass zu den zu theilenden Dotalfrüchten die Pachtzinse hinzugerechnet wurden.[1]

Ausser dem Niessbrauch und den Dotalverhältnissen haben für die Entwickelung des Fruchtbegriffes auch die verschiedenen bonae fidei iudicia eine grosse Bedeutung gehabt. Mit der Entwickelung der bonae fidei negotia und actiones erschien nämlich eine ganze Menge von Fruchtprästationsfällen. Wenn nicht früher, so jedenfalls seit der mora mussten die Früchte ersetzt werden. In diesem Gebiete, in welches mit der Zeit das centrum gravitandi der Fruchtlehre verschoben wurde, hat der Fruchtbegriff einen besonders abstracten und ideellen Inhalt gewonnen. Anstatt der ursprünglichen fruges, fructus, frumenta kommt hier das in der concreten Welt nicht existirende Soll und Haben in Betracht, welches die mathematischen Berechnungen und die Verwandlung in eine gedachte Summe Geld erwartet. Anstatt frugalitas wird vom Schuldner eine positive diligentia gefordert. Die Unterlassung der diligentia erzeugt ein besonderes unsichtbares Verhältniss, welches die Neueren fructus percipiendi nennen. Die Masse der Früchte bestimmt sich nicht durch die thatsächlichen dona naturae, sondern durch die Pflichten und die Erfüllung dieser Pflichten seitens des Schuldners.

Auf die oben dargestellte Weise haben sich die ordentlichen Nahrungsmittel des primitiven homo frugi im Laboratorium der Jurisprudenz in den abstracten und alle möglichen auch ungeniessbaren Dinge, hauptsächlich aber Geld umfassenden Begriff des gewonnenen und gewinnbaren Einkommens verwandelt. Die Entwickelung des Verkehrs und namentlich des Geldverkehrs m u s s t e diese Metamorphose herbeiführen. Wie die fruges, fructus, frumenta den Consumptionsfond bei der rein naturalen Landwirthschaft bilden, so bildet das Geldeinkommen den Consumptionsfond bei der Geldwirthschaft. Früher konnte der Mensch sich durch den Gewinn von Steinen und Metallen nicht ernähren; bei der Geldwirthschaft ist der Lebensunterhalt auch durch den jährlichen

1) l. 25 § 4 und l. 7 §§ 1. 2. 3. 8. 11. D. s. m. 24, 3; vgl. Petražycki, Fruchtvertheilung S. 77 Note.

Gewinn an Steinen, Metallen, Geld etc. gesichert. Jetzt ernährt den Menschen alles, was nur Jahr aus Jahr ein zu ihm wiederkehrt und einen Geldwerth hat. Denn alle Güter können durch die Vermittelung des Geldes in geniessbare Güter umgewandelt werden. Nicht die Gestalt und die Form der Einnahme, sondern nur ihre periodische Wiederkehr ist wichtig, damit sie als Consumptionsfond des ordentlichen Wirthes gelten kann.

Die Sprache ist conservativer als das sich so schnell entwickelnde Recht und der Verkehr. Der juristisch technische Begriff fructus hat sich vom ursprünglichen engen Inhalt vollständig befreit; das Wort fructus hat dagegen protestirt und seine ursprüngliche Bedeutung gegen die Revolution zu schützen gesucht. Die römischen Juristen haben gefühlt, dass sie die Sprache und ihre durch das graue Alter geheiligten Traditionen grob verletzen würden, wenn sie die Miethzinse etc. als Früchte bezeichnen würden. Die technischen Erfordernisse des Rechtes geboten die Einschliessung der periodischen Geldeinnahmen in den Fruchtbegriff, das instinctive Sprachgefühl erlaubte nicht, dieselben direct fructus zu nennen. Darum wurde mit der Sprache folgender Compromiss geschlossen:

Praediorum urbanorum pensiones p r o f r u c t i b u s accipiuntur (l. 36 D. de usur. 22, 1).

Usurae v i c e m f r u c t u u m optinent et merito non debent a fructibus separari (l. 34. eod.).

Mercedes plane a colonis acceptae l o c o s u n t f r u c t u u m (l. 24 D. d. H. P. 5, 3).

Ante diem fideicommissi cedentem fructus et usurae, quas debitores hereditarii cum postea ac cessit dies solverunt, item mercedes praediorum ab herede perceptae portioni quadrantis imputabuntur (l. 60 § 5 D. ad sctum Treb. 36, 1) etc.

Das heisst: wir können in dem von uns unabhängigen Gebiete der Volkssprache zwar keine Gewaltthaten vollbringen; in unserem technischen Gebiete müssen wir uns aber durch die Gewohnheiten der conservativen Sprache nicht irreleiten lassen.

Nur in den Fällen haben die römischen Juristen die Miethzinse und dgl. direct als fructus zu bezeichnen den Muth gehabt, wo es selbstverständlich war, dass der Satz sich nur auf die juristisch-technischen Begriffe bezieht, wie z. B. in den Ausdrücken fructus servi, artificii, praediorum urbanorum etc. Gegen solche Ausdrücke sträubte sich die Volkssprache nicht, weil es zu klar

war, dass die Ausdrücke sich auf das rein technische Gebiet beziehen, wo die Juristen ausschliesslich die Herren sind.

Durch den alterthümlichen Ursprung des Wortes fructus und die während vieler Culturperioden vorgegangene Umgestaltung des Sinnes desselben wurde für die juristisch-technische Sprache ein unerträglicher Zustand geschaffen. Jede Epoche der Cultur hat eine andere Bedeutung des Wortes fructus geschaffen, ohne die früheren Bedeutungen des Wortes wegzuschaffen. — Ohne die nähere Bestimmung weiss man gar nicht, was man zu denken hat, wenn man das Wort fructus hört:

1. Es kann die Baumfrüchte bedeuten (Ueberbleibsel einer uralten primitiven Epoche des Menschenlebens).
2. Es kann die fruges, frumenta, fructus zugleich bedeuten (Abstraction der alten landwirthschaftlichen Kultur aus der Epoche der reinen Naturalwirthschaft).
3. Es kann die fructus im landwirthschaftlichen Sinne und andere Gegenstände des unmittelbaren Verbrauches (nicht nur als Nahrungsmittel) bedeuten, wenn diese Gegenstände von Jemandem als periodischer Wiederkehr fähige Einnahmen gewonnen werden (der alte juristische Begriff der Früchte).
4. Es kann die Früchte sub 3 plus mercedes, usurae etc. bedeuten (der neueste juristische Fruchtbegriff).

Dieser Zustand widerspricht den ersten Bedingungen einer technischen Terminologie. Ein technischer Terminus muss nur eine streng bestimmte Bedeutung haben. Sonst entstehen die Verwirrung, die Schwierigkeit des Ausdruckes und des Verständnisses der Gedanken, die hinkenden Begriffe in der Art, wie sie in der modernen Fruchtlehre herrschen: „besonders eigentliche und echte Früchte", „weniger eigentliche Früchte" u. s. w. — Ausser den Juristen hatten auch die Laien unter dem Mangel an einem neuen Wort zu leiden, welches das Wesen des Einkommens charakterisirte, ohne zugleich verschiedene andere Bedeutungen zu haben. Die Entwickelung der Arbeitstheilung und Austauschwirthschaft erforderte auch für die gemeine Sprache die Schaffung und die treffende Benennung des Begriffes des Einkommens in seiner neuen Gestalt. Da die Sprache sich durch die Compromisssätze, wie: pensiones pro fructibus accipiuntur etc. nicht

behelfen kann und andererseits die Erstreckung des Wortes fructus auf das Geldeinkommen dem Sprachgefühl entschieden widerstrebte, so hat die gemeine Sprache ein vollständig neues Wort geschaffen. Dieses Wort ist reditus. Ein prachtvolles Wort, welches das Wesen der neuen Erscheinung im Kern getroffen hat. Aus der Laiensprache hat das Wort reditus sich auch in die juristische Sprache Einlass verschafft und das Wort fructus zum Theil verdrängt. Uebrigens war es dem neuen Ausdruck viel leichter in der gemeinen Sprache den vollen Sieg zu erringen, als in der Sprache der Juristen, wo der entsprechende Begriff die technische Bedeutung unter dem Namen fructus erworben hat. Darum wird in den Digesten der Ausdruck reditus hauptsächlich da gebraucht, wo die Worte oder der Inhalt der Rechtsgeschäfte referirt werden.[1]

---

1) Zur Illustration fügen wir eine Sammlung von solchen Stellen bei:
Julianus: l. 92 pr. D. leg. 30: pretio secundum reditum fundi.
Africanus: l. 88 § 3 ad l. Falc. 35, 2: ex reditu eius summae; l. 24 D. praeser. verb. 19, 5: ut ex reditu eius pecuniae.
Scaevola (Q. Cervidius): l. 27 D. de prob. 22, 3: ex reditibus praediorum eius; l. 85 D. de i. d. 23, 3: et alios uberiore reditu retinere; l. 88 § 14 D. leg. 31: insulam ... legavit ita, ut ex reditu eius; l. 34 § 2 D. leg. 32: ex reditibus eorum bonorum; l. 18 pr. D. de ann. leg. 33, 1: ex reditu eius fundi; l. 19 pr. eod.: ex reditu fundi; l. 20 § 1 eod.: ex reditu cenaculi mei et horrei; l. 21 pr. eod.: reditus ... a colonis praestantur; l. 21 § 1 eod.: ex reditu legata (annua sexaginta); l. 21 § 5 eod.: ad te reditus praediorum eorum pertineant; l. 17 D. de usu et usu fr. 33, 2: de quorum reditu quotannis ludos edi ... an reditus, quos quadriennio percepit; l. 32 § 7 eod.: praedia ... reditum efficientia annua decem; l. 34 § 1 eod.: reditu fundi uterentur; l. 38 eod.: fundi Aebutiani reditus ... heredis facto minores reditus facti; l. 20 § 2 D. de alim. vel cib. 34, 1: ex reditu fundi ... annuos centenos nummos; l. 30 pr. D. de adim. v. trans. 34, 4: viginti auri libras ei reddere, cum morieris. interim tamen reditus eius, id est usuras semisses; l. 80 § 12 D. ad sctum Treb. 36, 1: de omni reditu et mercede servorum.
Papinianus: l. 35 D. fam. erc. 10, 2: reditus eorum (praediorum) solvi mandaverit; l. 91 § 3 D. leg. 32: et utriusque possessionis confusi reditus; l. 25 D. de usu et usu fr. 33, 2: praedia cum reditibus ad heredes redire voluit: l. 60 § 4 D. ad sctum Treb. 36, 1: hereditatem exceptis reditibus restituere rogatus ... non retinebit ... fetus pecorum qui summissi gregem retinent; l. 26 pr. D. quando dies 36, 2: ex reditu praediorum meorum futuri anni.
Paulus: l. 38 D. fam. erc. 10, 2: communes pecunias ex reditibus redactas ... non amplius ex reditu praediorum communium accepit; l. 87 § 4 D. leg. 31: petit, ut ex reditibus praediorum tot aureos; l. 12 D. de alim. v. cib. 34, 1: fundus ... ut ex reditu eorum ... si quando minores reditus pervenissent ... ut ex reditu eorum.
Ulpianus: l. 22 D. de usu et usu fr. 33, 2: patrimonii mei reditum omnibus annis.
Modestinus: l. 16 D. eod.: ut ex reditibus quotannis ... spectaculum celebretur; l. 4 pr. D. de alim. v. cib. 34, 1: si proprietas relicta

Dabei kommt es vor, dass nach der Erzählung der species facti, wobei das Wort reditus gebraucht wird, ein responsum folgt, welches über die „fructus" entscheidet, z. B.: quaero, an reditus, quos . . . percepit . . . restituere debeat . . . — respondit . . . perceptos fructus restituendos (l. 17 D. de usu et usu fr. 33, 2); „ex reditu praediorum meorum" etc. — respondi: fructibus fini relictae pecuniae etc. (l. 26 pr. quando dies 36, 2). Charakteristisch in dieser Beziehung ist auch die Erscheinung, dass die Ueberschrift des Titels, welcher über Rechtsgeschäfte der Laien in Bezug auf die Einkünfte handelt, lautet: „De usu et usu fructu et r e d i t u" etc. (33, 2). Der Titel dagegen, welcher die Rechtsregeln über die Einkünfte enthält, ist: „De usuris et fructibus et causis" . . . In den Urkunden über die Rechtsgeschäfte, welche uns erhalten sind, wird überall von reditus, nicht aber von fructus gesprochen: Donatio Flavii Syhtrophi (Bruns, Fontes II, 2, C. 2, d.): parique portione inter eos reditum eius (horti) . . . quae autem membra aedificii vacabunt, in reditu sint ita . . .; Instit. aliment. Pliniana (eod. II, 12, 2): Per hoc enim et rei publicae sors in tuto nec reditus incertus, et ager ipse propter id, quod vectigal large supercurrit, semper dominum, a quo exerceatur, inveniet; Oblig. Atinas (eod. II, 12, 3): legavit (tot nummos), ut liberis eorum ex reditu, dum in aetatem pervenirent . . .; Oblig. Tarricinensis (eod. II, 12, 4): ut ex reditu eius pecuniae . . .; Oblig. Ferentinas (II, 12, 7): ex quorum reditu . . . quodannis . . . perpetuo daretur . . .; De sepulcro violato (eod. II, 15, 3, 36): reditum autem terrulae et aedificii . . .; Lex collegii Aesculapii et Hygiae (II, 17, 3): ex reditu eius summae . . .; Collegium Silvani (II, 17, 7): ex reditu eorum fundorum.

Im Codex herrscht der traditionelle Terminus fructus in denjenigen Titeln, welche sich auf die aus alter Zeit stammenden Institute beziehen. Im Gebiete der später entstandenen Institute hat dagegen reditus den archaischen Ausdruck fructus siegreich überwunden.[1]

---

sit, aliquid tamen superfluum inveniatur in reditibus, quam est in quantitate cibariorum.

1) Vgl. z. B. die Titel über den Colonat, insbesondere 11, 48; L. 20: longinqua et inveterata redituum susceptione . . . super redituum praestatione . . . omnes reditus . . . super reditibus . . . reditus exigantur . . . sin autem reditus non in auro, sed in speciebus . . . fructus vendantur (wo fructus nur ein landwirthschaftlicher Ausdruck ist) . . . haec de reditibus definientes . . . in suos reditus habere . . . super reditibus enim domini . . . quantitate, quae in reditus puros remanet etc. etc.

Die modernen Völker, deren Sprache zum Theil den lateinischen Quellen entnommen ist, haben für den Begriff Einkommen das Wort reditus recipirt (revenue, rendita). Das Wort fructus wurde dagegen hauptsächlich in seinem primitivsten Sinne der Baumfrüchte (und Feldfrüchte) beibehalten.

Aus den oben im Text und in der Note angeführten Ausdrücken mit dem Wort reditus ersieht man, dass dieses Wort mit grosser Freiheit auf sehr verschiedene Fälle des Einkommens angewendet wird (reditus pecuniae, summae, tot aureorum, fundi, horrei, aedificii, servi), wobei der Zusammenhang des Einkommens mit den Jahresperioden und seine hauptsächliche Bedeutung als eines abstracten Geldgewinnes viel klarer hervortritt, als bei den fructus. Auch in den Fällen, wo die römischen Juristen nicht vom Standpunkt der Parteien, sondern bei eigenen Ausführungen den Ausdruck reditus gebrauchen, bemerkt man leicht, dass es sich hauptsächlich um den Geldgewinn handelt, dass der Jurist namentlich das Wort fructus darum vermieden hat, um die Geldbedeutung des Gewinnes zu betonen.

Dies geht z. B. klar aus folgenden Stellen von Ulpian hervor:

l. 198 D. de V. S. 50, 16: Urbana praedia . . . v o l u p t a t i t a n t u m deservientia . . . p l a n e s i plurimum horti i n r e d i t u sunt, vinearii forte vel etiam holitorii, magis haec non sunt urbana.

l. 5 § 9 D. de reb. eor. 27, 9: quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat vel in numerato vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis vel etiam in redituum spe atque obventionum.

Fructus in dieser Stelle ist ein untechnischer Ausdruck; er bedeutet einfach den Vorrath an landwirthschaftlichen Producten. Das Einkommen und zwar das reine Geldeinkommen ist dagegen reditus genannt.

l. 3 § 1 D. ubi pupillus 27, 2: et debet statuere tam moderate, ut non u n i v e r s u m r e d i t u m patrimonii in alimenta decernat, sed semper sit, ut aliquid ex reditu supersit. (Reditus = das reine Geldeinkommen in sehr abstractem Sinne).

l. 12 § 12 D. de instr. 33, 7: si ager et ex hoc (ex venationibus) reditum habuit. l. 37 D. de damn. inf. 39, 2: si quis reditus ob demolitionem (aedificii) amissus . . .

l. 1 § 15 D. de exerc. act 14, 1: reditus navis . . .

l. 4 D. de pact. dot. 23, 4: contento marito ea pecunia quae ex usuris redituum colligitur . . .

l. 7 § 1 D. de usu fr. 7, 1: Rei soli, ut puta aedium, usufructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet.

l. 13 § 4 D. eod.: et si forte voluptarium fuit praedium, virdiaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat.

l. 13 § 5 eod.: et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis vel arbustis.

Darum haben wir oben behauptet, dass in der l. 9 § 5 eod. unter dem venationum reditus der Geldgewinn zu verstehen ist.

Die Zeit der Entstehung des Ausdruckes reditus kann man natürlich genau nicht angeben. Cicero gebraucht das Wort noch nicht; wenn der Ausdruck schon bekannt gewesen wäre, würde er ihn an vielen Stellen und namentlich in der Rede gegen Verres sicher benutzt haben. Es scheint uns auch sehr zweifelhaft, ob auf Grund der l. 9 § 5 cit. auf den Gebrauch des Ausdruckes durch Gaius Cassius zu schliessen ist. Der erste Jurist, welchem wir den Gebrauch des Ausdruckes mit Sicherheit zuschreiben können, ist Julianus.[1]

Wie homines frugi sich mit der Zeit in homines diligentes; fruges, frumenta, fructus in reditus verwandelt haben, so wurde der ursprüngliche Ausdruck frui im Sinne des unmittelbaren, wirthschaftlichen und vernünftigen Verbrauches durch den Ausdruck uti ersetzt. Da nämlich in Folge der Entwickelung der Geldwirthschaft zum Object des frui solche Güter gerechnet wurden, welche über den unmittelbaren Verbrauch hinausgingen, d. h. auch das Geldgewinnen als frui anerkannt wurde, so musste man die engere Sphäre der Ausbeutung eines Kapitals nur zum eigenen unmittelbaren Gebrauch und Verbrauch und diesen Gebrauch und Verbrauch durch einen neuen Ausdruck bezeichnen. Die Stellen, aus welchen diese Bedeutung des uti hervorgeht, sind sehr zahlreich. Es werden einige Beispiele genügen:

nec materia eum pro ligno usurum, si habeat unde utatur ligno (l. 12 pr. D. de usu fr. 7, 1).

et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti (l. 9 § 7 eod.).

et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium (frui im neuen Sinne), sed ad usum, scilicet

1) L. 92 pr. D. leg. 30, vgl. l. 77 D. de V. S. 50, 16.

non usque ad abusum: idem Nerva, et adicit stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum (l. 12 § 1 D. de usu et hab. 7, 8).

ex usu testatoris legatum aestimabitur, id est quot annorum vino pro vetere utebatur (l. 10 D. de trit. v. oleo 33, 6).

Sed quod diximus „usus sui gratia paratum" (penus, cibaria etc.) accipiendum erit et amicorum eius et clientium et universorum quos circa se habet (l. 3 § 6 D. de penu leg. 33, 9).

quantum ad annuum usum ei sufficeret familiaeque eius (l. 4 § 2 eod.).

sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant: quod si fructus in usu habuit . . . (l. 18 pr. D. de his quae ut 34, 9).[1]

In dieser Weise passen am Ende der Sprachentwickelung mehr das Uti und die Frugalitas zusammen, als die Frugalitas und das Frui, da Frui jetzt das Gewinnen usque ad compendium (Geldgewinn[2] bedeutet.

Nur die abstracte Diligentia boni patris familias, nicht aber die Frugalitas im ursprünglichen Sinne bildet die Grenze für das Frui.

In Bezug auf den Begriff fructus bleibt uns noch eine Frage zu berühren, welche gleichfalls für das Verständniss der Quellen und der Geschichte des Fruchtbegriffes von Wichtigkeit ist. Welche Factoren haben bei der Entwickelung des Fruchtbegriffes die entscheidende Rolle gespielt? Aus den oben angeführten Stellen folgt mit voller Sicherheit, dass der juristisch-technische Fruchtbegriff seine Entwickelung ausschliesslich der Jurisprudenz verdankt. Es fragt sich aber, ob dabei die allgemeinen Theorien der Jurisprudenz oder ihr practischer Tact in concreto, ihre instinctive Empfänglichkeit für die Bedürfnisse des Lebens den Ausschlag gegeben haben. In dieser Beziehung ist folgendes zu constatiren:

Es wäre falsch, anzunehmen, dass die römischen Juristen keinen allgemeinen theoretischen Satz über den Umfang und das Wesen des Fruchtbegriffes gekannt haben. Im Gegentheil sie haben eine theoretische Definition des Fruchtbegriffes aufgestellt und oft

1) Vgl. l. 18 § 7 D. de mun. 50, 4; l. 1 § 1 C. de verb. 6, 38.

2) Compendium stammt vom Abwägen des primitiven Geldes, daher pensio, compensare etc.

wiederholt. Diese theoretische Definition lautet ungefähr: fructus est, quod in fructu hominis est. Dies ist keine Tautologie, wie man wohl behaupten möchte. Dies ist nur ein Satz, welcher später zum Anachronismus wurde, welcher aber eine Epoche seiner Richtigkeit gehabt hat. Was Gegenstand vernünftigen Genusses, unmittelbaren Verbrauches für den Menschen ist, das ist die Frucht. Spätere Juristen haben diesem Satze eine mehr moderne Gestalt (mit dem Wort usus) gegeben.

In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est (l. 42 D. de usu et usu fr. 33, 2, Javolenus ex posterioribus Labeonis).

Der Satz wurde auch gewiss in der folgenden Gestalt wiederholt: fruges (fructus) omnes esse, quibus homo vescatur. Diesen Satz bekämpft Julianus nach Angabe von Paulus in der l. 77 D. de V. S. 50, 16.

Frugem pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus . . . „fruges" omnes esse, quibus homo vescatur, falsum esse . . .

Zwar wird weiter der Gegensatz zwischen poma etc. und fruges gezeigt. Alle Gründe sprechen aber dafür, dass der bekämpfte Satz im Sinne seiner Vertreter in der alten Zeit sich nicht auf den Gegensatz zwischen fructus und fruges et frumenta, sondern auf den allgemeinen Sinn des Wortes bezog. Sonst wäre die Definition absolut unbegreiflich. Wenn die veteres an die engste Bedeutung des Wortes fruges, an den Gegensatz zu den fructus und frumenta gedacht hätten, könnten sie unmöglich den Satz aussprechen: fruges omnes esse, quibus homo vescatur.

Welche Rolle hat diese Theorie in der Geschichte der Fruchtentwickelung gespielt? Wir haben schon einen praktischen Schluss erwähnt, welchen die veteres, insbesondere Brutus, aus dem Satz gezogen hat: partus ancillae ist keine Frucht, weil homo nicht in fructu hominis sein kann. Obwohl Brutus in dieser Weise argumentirt hat, so wäre es doch falsch anzunehmen, dass darin der wirkliche Grund für den Ausschluss des partus ancillae aus der Reihe der fructus enthalten ist. Dass der partus ancillae in der alten Zeit zu den Früchten nicht gerechnet werden konnte, ist selbstverständlich und namentlich auf Grund des Satzes: fructus sunt, quibus homo vescatur, fruitur, quod natura rerum ad usum hominis comparavit. Allein dies ist keine Antwort auf die andere Frage, um welche es sich eigentlich allein handelt. Die richtige

Frage lautet, warum man mit der Zeit, als man in den Fruchtbegriff auch vieles einschloss, was zum unmittelbaren Verbrauch durch den Menschen nicht geeignet ist, doch den partus ancillae als Frucht nicht anerkannt hat. Diese Frage haben wir in der dogmatischen Darstellung zu lösen gesucht. Der wahre Grund, warum der partus ancillae immer aus der Reihe der Früchte ausgeschlossen blieb, besteht darin, dass er zum reditus annuus (qui redit quotannis) nicht gehört. Die Leute haben sich im practischen Leben danach gerichtet; man hat im gemeinen Leben den partus ancillae ebenso wie jeden anderen mit den Wirthschaftsperioden nicht wiederkehrenden Gewinn (Schatz, Erbschaft, Legat) ganz anders behandelt, als dasjenige, was man unmittelbar oder mittelbar (durch den Verkauf und Genuss des Geldes) verbrauchen kann, weil man es im nächsten Jahr wieder zu gewinnen erwartet (rediturum sperat). Der praktische Tact, der richtige Instinct, nicht aber die oben erwähnte alte Parömie, haben den römischen Juristen den richtigen Weg gezeigt. Nicht nur für die spätere Zeit, wo der Satz: fructus esse, quos natura rerum ad usum hominis comparavit, nur als ein überliefertes Sprichwort, welches seine Bedeutung schon längst verloren hat, immer noch wiederholt wurde, sondern sogar für die Zeit von Brutus entstehen Zweifel, ob diese Parömie oder die anderen Gründe in Bezug auf den partus ancillae den Ausschlag gegeben haben. Es ist uns ja überliefert, dass andere Zeitgenossen von Brutus (P. Scaevola, M. Manilius) anderer Meinung über den partus ancillae waren. Es schien also nicht mehr allen Juristen als absurdum, den partus ancillae als fructus vom juristischen Standpunkt anzuerkennen, trotzdem man die Menschen unmittelbar nicht verbrauchen konnte. Der Satz über das in fructu hominis hatte also auch in jener alten Zeit keine so absolute Bedeutung, dass sich daraus die Entscheidungen von einzelnen Rechtsfragen mit Nothwendigkeit ergäben. Die andern Juristen wollten zu dieser Zeit den alten Satz eben nicht mehr anerkennen. Brutus hat nur darum den Sieg errungen, weil es neben seiner gar nicht entscheidenden Begründung einen anderen wirklich wesentlichen Grund gab, den partus ancillae zu den Früchten nicht zu rechnen. Kommt es auch in unserer Zeit nicht vor, dass ein Jurist mittels einer zweifelhaften oder unrichtigen theoretischen Begründung einen praktischen Satz geltend macht und Beifall findet, weil alle vernünftigen Fachgenossen instinctiv fühlen, dass der Satz praktisch vernünftig oder gar noth-

wendig ist.[1] Die Nachwelt wird den Satz richtig construiren; die Wahrheit erzwingt sich den Eingang in das Recht glücklicherweise nicht nur durch die richtige Theorie, sondern auch ohne dieselbe oder sogar durch die falsche Theorie.

Wenn wir nun von der Begründung des Brutus, warum der partus ancillae zu den Früchten nicht gehört, absehen, so ist zu sagen:

Der abstracten Theorie hat der Fruchtbegriff nichts, absolut nichts zu verdanken. Dieser Begriff ist ein Ergebniss des Lebens selbst, er ist ein Product des Gewohnheitsrechtes im engsten Sinne des Wortes. Die Weisheit, welche in der Ausgestaltung dieses Begriffes enthalten ist, ist die Weisheit der Kraft der Dinge, der unbewussten Entwickelung des Lebens. Das Verdienst der römischen Juristen besteht nicht darin, dass sie aus den abstracten Prämissen logisch correcte Schlüsse gezogen haben, denn in dieser Weise wurde keine einzige Entscheidung in dem Gebiete des Fruchtbegriffes gewonnen, sondern darin, dass sie auf die Bedürfnisse des sich entwickelnden socialen und wirthschaftlichen Lebens mit wunderbarem praktischen Instinct in ihrem Gebiet die richtige Antwort ertheilten. So viel ist aber mit absoluter wissenschaftlicher Sicherheit zu behaupten, dass die Theorie der organischen Erzeugnisse eine ganz neue theoretische Erfindung der nachrömischen Zeit ist, welche dieser Zeit gewiss nicht zur Ehre gereicht. Seit den ersten Anfängen der Entwickelung des Fruchtbegriffes, welche wir nach den Sprachformationen zu verfolgen versucht haben, bezog sich das Wort Frucht nicht auf die äussere Natur, sondern auf den Menschen, seine Lebensbedürfnisse und sein Verhältniss zu den äusseren Gütern. Das vernünftige Verhalten des Menschen den äusseren Gütern gegenüber (frugalitas, homo frugi) und die Auswahl der Güter, welche er vernünftig verzehren konnte (fructus), waren von Anfang an einzig und allein entscheidend. Die weitere Entwickelung des Fruchtbegriffes entspricht der Erweiterung der Bedürfnisse des Menschen und der Complication seiner wirthschaftlichen und socialen Verhältnisse, nicht aber der Entwickelung seiner Anschauungen über die objectiven Naturgesetze, über den für seine Handlungsweise gleichgiltigen Ursprung der Dinge. Dabei ist es interessant

1) Vgl. Eck, Zur Feier des Gedächtnisses von B. Windscheid und R. von Ihering S. 9 fg.

zu constatiren, dass die moderne herrschende Lehre, nach welcher für den Fruchtbegriff nur die rein objectiven Merkmale entscheidend sind und nach welcher die subjectiven Verhältnisse und das Verhalten des Wirthes, insbesondere das Mass der Nutzung, keine Bedeutung haben, nicht nur für das classische römische Recht grundfalsch ist, sondern auch für diejenige primitive Culturstufe, welche die Worte frui, frugi, frugalitas, fruges, fructus zunächst geschaffen hat. Die instinctive und unbewusste Entwickelung der Sprache in der vorgeschichtlichen Zeit hat besser die Wahrheit und die Natur der Sache getroffen, als die scharfsinnigen, tief und vielseitig gelehrten Theoretiker des neunzehnten Jahrhunderts.

§ 17. β. Fructus deductis impensis (reditus purus).

Was den Begriff der fructus (aestimati) deductis impensis anbetrifft, so ist seine erste Erscheinung und Entwickelung einer viel späteren Zeit zuzuschreiben, als diejenige des Begriffes der fructus in brutto und in natura. Jedenfalls konnte man jenen Begriff nicht früher erkennen, als man einen allgemeinen Werthmesser, das Geld, kennen und anwenden gelernt hatte.

Der Begriff der fruges, fructus hat eine lange Geschichte, vielleicht ebenso lang wie die Geschichte der lateinischen Sprache, wir glauben sogar: eine längere Geschichte als die lateinische Sprache, als selbständiger Dialect. Denn die germanischen Wörter „brauchen, gebrauchen", das griechische „χράομαι" und das lateinische „fruor" scheinen an ihre gemeinsame Wiege in Asien zu erinnern. Der Begriff des in Geld geschätzten reinen Einkommens war zu der Zeit der ausschliesslichen Herrschaft der Naturalwirthschaft psychologisch unmöglich. Auch das Aufkommen des Tauschverkehrs und des Geldes konnte nicht so schnell den Begriff des reinen Einkommens herbeiführen. Dieser ist zu abstract für den primitiven Intellect.

Wir wissen zwar, dass der Fruchtersatz den Römern schon zur Zeit der XII Tafeln nicht unbekannt war. Festus (Vindiciae) referirt uns nämlich folgende Bestimmung der XII Tafeln:

„Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito."

Es wäre aber ungeschichtlich, daraus zu folgern, dass man damals schon den Begriff des reinen Einkommens gekannt habe.

Nicht einmal soviel können wir aus der obigen Bestimmung folgern, dass sie die Einschätzung des Einkommens in Geld vorschreibt. Es ist durch den Wortlaut derselben nicht ausgeschlossen und bei Berücksichtigung der damaligen naturwirthschaftlichen Verhältnisse sehr wahrscheinlich, dass die zu leistende duplio fructus im doppelten Mass der Naturalproducte, nicht aber in einer Summe Geld bestand.

Soviel können wir aber mit Sicherheit behaupten, dass zur Zeit von Labeo und Sabinus der Abzug der impensae in fructus factae bereits als eine nothwendige durch die ratio naturalis begründete Regel angesehen wurde (l. 36 § 5 D. de H. P. 5, 3; l. 10 § 9 D. mand. 17, 1). Eine andere Frage ist die, ob bei den älteren römischen Juristen der Begriff des reinen Einkommens dieselbe abstracte Gestalt einer universitas gehabt hat, wie dies zur Zeit von Paulus und Papinianus der Fall war. Diese Frage ist zu verneinen. Es ist ja nachgewiesen,[1] dass der Begriff der universitas als einer ideellen Einheit der Activa und Passiva den älteren römischen Juristen fremd war. Sie haben die Minderung durch die Passiva nicht auf eine ideelle Gesammtheit, sondern auf die singula, auf die concreten Sachen bezogen. Schon aus diesem Grunde müssten wir die Annahme als unwissenschaftlich bezeichnen, dass die älteren römischen Juristen die Früchte als ideellen Inbegriff behandelt haben. Dazu erfordern derartige Anschauungen, dass z. B. die Steuern oder die missrathenen messes das Ergebniss der vindemia mindern, einen hohen Grad der Entwickelung der abstracten Denkweise, welchen wir den älteren Juristen nicht zuschreiben dürfen. Wir können als eine feststehende Wahrheit den Satz bezeichnen, dass man im Alterthum vielmehr die Verwendung auf eine bestimmte Abtheilung der Production, namentlich auf das Ergebniss dieser Abtheilung bezogen hat: die Verwendungen auf die vindemia mindern das Ergebniss der vindemia, die Verwendungen auf die messes mindern das Ergebniss der messes etc., ebenso wie die impensa necessaria auf ein bestimmtes Grundstück dieses besondere Grundstück, nicht aber die Dos als eine ideelle Gesammtheit belastete (vgl. l. 5 pr. D. de imp. 25, 1; l. 56 § 3 D. de i. d. 23, 3).

Ausser den obigen allgemeinen, u. E. zwingenden Gründen haben wir für unsern Satz eine specielle Bestätigung in der römischen

1) Vgl. Pernice, Labeo I S. 325 fg., 380 fg.

Terminologie. Diese unterscheidet die impensae in res von den impensae in fructus, genauer: impensae quae quaerendorum cogendorum conservandorum fructuum gratia fiunt (l. 36 § 5 D. de H. P. 5, 3; l. 7 § 16 D. s. m. 24, 3). Diese letztere Formulirung stammt, wie die l. 36 § 5 cit. zeigt, noch aus der Zeit von Sabinus. In der dogmatischen Darstellung haben wir nachgewiesen, dass diese Terminologie für das spätere classische Recht ganz verkehrt ist; wir haben uns überzeugt, dass in Wirklichkeit gar nicht der Gegensatz zwischen den impensae quaerendorum cogendorum conservandorum fructuum und den impensae in rem ipsam factae, sondern der Gegensatz zwischen den periodischen und einmaligen Verwendungen von Wichtigkeit ist. Zur Zeit von Sabinus hat nun die Formulirung: impensae quaerendorum etc. und impensae in rem ihre Richtigkeit gehabt. Die Verwendungen, welche in keinem anschaulichen Zusammenhang mit der Erzeugung, Sammlung und Aufbewahrung der Producte standen, wurden wirklich von dem Ergebniss der Production nicht abgezogen. Die Steuern, Fahrkosten etc. können nach der concreten Denkweise natürlich die Früchte nicht mindern. Was haben derartige Verwendungen mit dem quaerere cogere conservare fructus gemein? Der concrete Ausdruck: percipiendorum conservandorum fructuum erzählt uns besser die ursprüngliche Auffassung des Begriffes des reinen Einkommens, als alle anderen geschichtlichen Zeugnisse. Aus der l. 10 § 9 D. mand. cit. ersehen wir noch, dass Labeo dem Mandatar die deductio impensarum in fructus percipiendos gewährt hat, Ulpian aber fügt von sich hinzu:

sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere . . .

In dieser Ausdehnung spiegelt sich wieder die Richtung der Entwickelung vom Concreten zum Abstracten. Auch die Fahrkosten, welche die Führung der Wirthschaft verursacht, obgleich sie sich mit dem percipere cogere conservare in concretem, sichtbarem Zusammenhange nicht befinden, mindern die Früchte. Daher kommen bei den späteren römischen Juristen anstatt des primitiven, sich nicht auf die universitas, sondern auf die körperlichen singula beziehenden Ausdruckes: impensae percipiendorum etc. — ganz abstracte Ausdrücke vor: „impendit in eum annum“ (l. 7 pr. D. s. m. 24, 3); impensae, quae ad praesentis anni fructum pertineant (l. 3 § 1 D. de imp. 25, 1). Impensae in annum ist ein höchst abstracter Ausdruck, welcher nur bei der Auffassung des jährlichen

Einkommens, als einer ideellen Einheit möglich ist. Mit den concreten Sachen, welche man sammelt und in den Scheunen aufbewahrt, hat diese Formulirung nichts zu thun. Sie bezieht sich nur auf das Gesammtergebniss des ganzen Wirthschaftsjahres und auf die gesammten Lasten der Wirthschaftsperiode, gleichgültig, ob ein körperlicher Zusammenhang zwischen der Verwendung und dem Gewinne besteht, oder nicht. Impensae ad praesentis anni fructum beziehen sich gleichfalls nicht auf die Weintrauben, den Weizen etc., sondern auf den einen einheitlichen annuus fructus, auf den ideellen Inbegriff des „jährlichen Einkommens.“

Als eine bestätigende Analogie für die alte concrete, individualisirende Auffassung betrachten wir auch die Aussprüche von Labeo, Sabinus und Cassius über das opus in rem und opus fructuum percipiendorum causa. Es handelte sich nämlich darum, zu bestimmen, welche für den Nachbarn schädlichen Veränderungen (opus manu factum vicino nociturum) auf dem Nachbargrundstück als Grund für die actio aquae et aquae pluviae arcendae erscheinen. Darüber heisst es:

Labeo etiam scribit ea, quaecumque frugum fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam neque referre, quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat. Item Sabinus Cassius opus manu factum in hanc actionem venire aiunt, nisi si quid agri colendi causa fiat (l. 1 §§ 7. 8 D. de aqua et aquae pl. 39, 3).

Eine noch engere und concretere Auffassung hat Trebatius vertreten:

Trebatius autem non quod agri, sed quod frumenti dumtaxat quaerendi causa aratro factum solum excepit (l. 1 § 3 eod.).

Die Auffassung von Labeo, nach welcher namentlich Veränderungen im Interesse der Fruchterzeugung erlaubt sind, wird auch durch die moderne Literatur gelehrt.[1] Dieser letztere Umstand erklärt sich dadurch, dass man jetzt gewöhnlich die theoretischen Formeln ausspricht, ohne sich die Anwendung der Sätze im wirklichen Leben concret vorzustellen. Eine entgegengesetzte psychologische Erklärung ist für die Theorie von Labeo anzunehmen. Während die moderne Lehre durch eine zu abstracte, zu doctrinäre Richtung sündigt, hat Labeo die erwähnte Theorie namentlich in Folge einer zu concreten Denkweise aufgestellt. Dass

1) Vgl. z. B. Windscheid II § 473 sub 7.

seine Theorie zu concret und völlig naiv und unkritisch ist, können wir leicht ersehen, wenn wir über folgende zwei Fragen nachdenken:

1. Verändert das opus, welches fructuum percipiendorum gratia gemacht wird, nicht auch die res ipsa?

2. Zu welchem Zweck werden die Veränderungen im Wasserbestand des Grundstückes vorgenommen, wenn nicht im Interesse der Fruchterzeugung?

Davon, dass nicht die Unterscheidung von Labeo zwischen dem opus in rem und fructuum percipiendorum causa dem entwickelten classischen Recht zu Grunde liegt, können wir uns gleichfalls leicht überzeugen. Anstatt vieler Stellen wollen wir die treffliche Entscheidung von Neratius in der l. 1 § 2 eod. anführen:

Neratius scribit: opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere.

Also keine Unterscheidung, ob das opus im Interesse der Fruchterzeugung oder zu sonstigen Zwecken vorgenommen wird. In 99 Fällen von 100 wird ein solches opus natürlich im Interesse der Fruchtproduction vorgenommen. Der Landwirth bezweckt dadurch, die gewöhnlich eintretende (refluere solet) und die Fruchterzeugung störende Wasserfluth unschädlich zu machen oder zu beseitigen. Oder er will zugleich eine neue Oberfläche durch die Trockenlegung des Sumpfes für die Fruchterzeugung gewinnen. Obgleich das opus im Interesse der Fruchterzeugung vorgenommen ist, bildet es nach Neratius einen Grund für die actio aquae pluviae. Die richtige theoretische Formulirung, welche zwar dem theoretischen Ausspruch von Labeo widerspricht, sich aber ebenso aus der angeführten Stelle von Neratius wie aus anderen Beispielen der praktischen Entscheidungen concreter Fälle im Titel 39, 3 ergiebt, besteht vielmehr im Folgenden:

1. Erlaubt sind diejenigen Handlungen, welche zur Kategorie der periodischen wirthschaftlichen Handlungen gehören, d. h. diejenigen, welche von Landwirthen Jahr aus Jahr ein zu wirthschaftlichen Zwecken vorgenommen werden.

2. Verpönt sind die ausserordentlichen, ausser den Wirthschaftsperioden stehenden Veränderungen. Daher betont Neratius: „quae . . . refluere solet.“ Die Beseitigung des solitum ist namentlich insolitum.

Der praktische Grund des Principes ist klar und vernünftig.

An die gewöhnlichen Folgen der Arbeiten auf dem Nachbargrundstück kann der Gutsbesitzer sich eben gewöhnen, d. h. er kann entsprechende Vorkehrungen ebenso periodisch treffen, ohne eine unerwartete Gefahr zu befürchten. Diese Vorkehrungen zu treffen ist auch nicht besonders schwer, weil die periodischen (functionalen) wirthschaftlichen Handlungen auf dem Nachbargrundstück ihrer Natur nach keine radicale Veränderung des Wasserabflusses herbeiführen, sondern fast unmerklich und langsam wirken. Die einmaligen, ausserordentlichen Veränderungen (die organischen Veränderungen) sind dagegen unerwartet, sie ändern radical den Abfluss des Wassers, sie bringen eine grosse, nicht leicht abzuwendende Gefahr für die Wirthschaft auf dem Nachbargrundstück. Dagegen ist es für den Landwirth absolut gleichgültig, dass sein Nachbar eine organische, einmalige Veränderung namentlich im Interesse seiner Fruchterzeugung gemacht hat. Dies letztere ist für ihn, den beschädigten, ein ziemlich geringer Trost.

Die Theorie von Labeo erklären wir uns dadurch, dass der anschauliche Zusammenhang zwischen den mit Productionsperioden wiederkehrenden Handlungen (arare etc.) und den Früchten für eine concrete Denkweise leichter zu bemerken ist, als der Zusammenhang zwischen den Früchten und den organischen Veränderungen auf dem Grundstücke. Wenn der concret denkende Landwirth eine Handlung vornimmt, welche jedes Jahr zum Zwecke der Production wiederkehrt, so bezieht er diese Handlung namentlich auf die sich daraus ergebenden Früchte dieses Jahres. Wenn er dagegen eine einmalige Reform vornimmt, denkt er, dass er die Sache selbst, das Grundstück verbessert (opus in rem factum), weil das Ergebniss der Verbesserung, obgleich es ebenfalls im Ueberschuss des zukünftigen Gewinnes an Früchten über die Kosten der Reform besteht, erst einer längeren Zukunft vorbehalten ist. Bei einer kritischen Analyse dagegen erweist sich, dass beide Arten von Handlungen ebenso die Sache verbessern wie den Gewinn an Früchten vergrössern.

Die Theorie von Labeo ist also nicht für das geltende Recht und die richtige theoretische Formulirung desselben von Interesse, sondern sie bildet nur eine interessante Bestätigung des psychologischen Gesetzes, nach welchem bei einem in der Abstraction weniger vorgeschrittenen Intellect die Association der Ideen sich nach den sichtbaren und in der Zeit oder im Raum näher stehenden Erscheinungen richtet.

Eine Anwendung desselben psychologischen Gesetzes enthält die Theorie der alten Juristen über die impensae in rem und die impensae fructuum percipiendorum cogendorum conservandorum. Auch in diesem Gebiete hat sich der scharfe, kritische Verstand von Neratius bewährt. In Bezug auf die Unterscheidung zwischen impensae necessariae, welche nach der überlieferten Theorie in rem sind, die Sache selbst erhalten, und impensae in fructus, welche das Einkommen belasten, spricht er ganz entschieden aus, dass die Theorie falsch und unkritisch ist. In der l. 15 D. de imp. 25, 1 sagt er, dass die gewöhnlichen Reparaturen der res ipsa etc. das Einkommen belasten, obgleich sie nach den obigen Kriterien impensae in rem necessariae sind. In der l. 16 eod. sagt er, dass diejenigen Verwendungen, deren Zusammenhang mit den fructus anschaulich ist, „non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint.“ Dadurch hat er die Naivität der überlieferten Kriterien nach beiden Richtungen gezeigt. Freilich hat er die richtige theoretische Formulirung gleichfalls nicht entdeckt. Indem er aber die Schwierigkeit einer theoretischen Formulirung anerkennt (non tam facile in universum definiri l. 15 cit.) und auf den praktischen Tact in concreto verweist, steht er viel höher als Ulpian, welcher die alten Definitionen unkritisch wiederholt (vgl. oben § 11).

Zwischen dem Zustand des Begriffes fructus als reinen Einkommens zur Zeit von Labeo und Sabinus und demselben zur Zeit von Paulus, Papinianus befindet sich eine lange Zeit der Entwickelung und der Umgestaltung. Können wir nicht bestimmen, seit welcher Zeit fructus zum abstracten Begriff der universitas wurde? Seit wann mindert nicht die Verwendung auf eine bestimmte Art der Früchte diese Früchte, sondern mindern verschiedene auch in keinem Zusammenhang mit bestimmten Früchten befindliche periodische Verwendungen die Gesammtheit im ideellen Sinne? Diese Frage ist ihrer Natur nach unlösbar. Man muss nämlich beachten, dass die Umwälzung nicht durch die Entdeckung einer richtigen Theorie geschah. Im Gegentheil, die falschen, nur in alter Zeit richtig gewesenen Theorien werden noch, wie gesagt, in naiver Weise zur Zeit von Ulpian wiederholt. Die Theorie hat also nur die Rolle des unnöthigen und störenden Ballastes gespielt, welcher an den Füssen des Fortschritts klebte und von ihm mitgeschleppt wurde. Die Umgestaltung des Begriffes geschah im Wege des Gewohnheitsrechtes durch die Entwickelung und Aner-

kennung einzelner praktischer Sätze, welche in ihrer Gesammtheit den neuen Begriff ergeben. Dann ist es aber unmöglich zu sagen, dass der fructus seit diesem oder jenem Jahre oder seit diesem oder jenem Juristen zur abstracten universitas wurde. Nur die Entdeckung einer allen verständlichen und einleuchtenden Theorie oder die Entscheidung des Gesetzgebers vermag im Recht eine plötzliche Umwälzung herbeizuführen. Das Gewohnheitsrecht dagegen schreitet unmerklich fort, es hat keine kritischen Tage und plötzlichen Aenderungen aufzuweisen. Insbesondere wäre es grundfalsch anzunehmen, dass Paulus durch den Ausspruch: „totius anni unus fructus est“ irgend etwas geändert oder neu eingeführt hätte.

§ 18. γ. Quaestus, fructus servi.

Das Quellenmaterial, welches sich auf die verwandten Begriffe quaestus und fructus servi bezieht, bietet uns eine glänzende Illustration zu dem von uns oben vertretenen Satze, nach welchem die Grundbegriffe der römischen Einkommenslehre nur den Bedürfnissen des Volkslebens und dem instinctiven Gefühl der römischen Juristen, welche die Postulate des Lebens in die juristische Sprache übersetzten, ihre Entwickelung verdanken. Die Theorie spielt hier eine noch kläglichere Rolle als bei der Entwickelung der beiden Begriffe des Einkommens vom Kapital.

Die wichtigsten praktischen Fragen in Bezug auf den Umfang des Begriffes quaestus wurden schon zur Zeit von Sabinus entschieden. Und zwar haben die späteren Juristen im Werke von Sabinus folgende wichtige Sätze gelesen. Zum quaestus alicuius hat Sabinus dasjenige gerechnet, quod ex opera descendit (l. 8 D. pro socio 17, 2). Davon hat er hereditas, legatum, donatio ausgeschlossen (ll. 9. 11 eod.). Freilich hat Sabinus nicht alle in Betracht kommenden Fragen dadurch entschieden, z. B. er hat die Frage nach der Finderhälfte des Schatzes nicht vorgesehen. Es ist auch schwer, casuistisch alle möglichen Fragen vorzusehen und zu entscheiden. Allein man könnte den von Sabinus getroffenen Entscheidungen ein allgemeines theoretisches Princip entnehmen, welches die ganze nöthige Casuistik von selbst ergiebt. Das richtige, für das social-wirthschaftliche Leben ungemein wichtige Princip besteht, wie wir in der dogmatischen Darstellung gezeigt haben, darin, dass zum persönlichen Einkommen die der periodischen Wiederkehr fähigen Einnahmen gehören. Die einmaligen, nicht wiederkehrenden Einnahmen reservirt man dagegen als Stammvermögen. Derartige Gewinne, wie z. B. Erbschaft, Vermächtniss, will man bei der societas quaestus nicht riskiren. Diese Gewinne werden dem homo liber bona fide serviens nicht entzogen, und zwar mit vollem Rechte. Wenn er in Folge seiner eigenthümlichen Lage das Einkommen verliert, d. h. anstatt auf den vielleicht reichen Consumptionsfond auf das angewiesen wird, was ihm der vermeintliche dominus zum Lebensunterhalt gewährt, so kann er doch nicht durch die Entziehung der ihm zugefallenen Erbschaft des Stammvermögens beraubt werden, was ausserordentlich ungerecht wäre. Einen ebenso tiefen praktischen Grund hat der Satz, dass der Niessbraucher, welchem ja nur der regelmässige Lebensunterhalt gewährt werden soll, oder der Ehemann, welcher das Einkommen von der Dos als Consumptionsfond für die onera matrimonii verbraucht, dass diese Personen keine einmaligen Gewinne an Stammvermögen auf Kosten ihrer Gegenparteien machen. Die Entscheidungen von Sabinus werden also durch den socialen Zweck der Institute, für welche diese Entscheidungen von Bedeutung sind, mit elementarer Kraft gefordert. Sie ergeben sich von selbst aus dem Wesen und Zweck der entsprechenden Institute. Sabinus hat aber für seine Entscheidungen, welche gewiss schon vor ihm in der Praxis angewendet wurden, weder eine theoretische Formulirung noch eine Begründung gegeben. Die späteren römischen Juristen rathen nun, warum Sabinus so und nicht anders entschieden hat. Sie haben aber den wahren Grund nicht errathen. Nicht nur Ulpianus, sondern sogar der scharfsinnige Theoretiker Paulus hat vorbei geschossen. Ulpianus versucht, den Grund, warum Sabinus die hereditates, legata, donationes in den quaestus nicht eingeschlossen hat, so zu bestimmen:

f o r t a s s i s (also er selbst traut seinem theoretischen Genie nicht) haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum a l i q u o d (?) accedunt (l. 9 eod.).

Paulus libro sexto ad Sabinum seinerseits bemerkt:

et quia plerumque vel a parente vel a liberto quasi debitum nobis hereditas obvenit (l. 10 eod.).

Wie naiv und unkritisch sind diese Begründungen! Gerade das Entgegengesetzte ist richtig. Dasjenige ist vielmehr debitum und meritum, was man durch seine Arbeit verdient, nicht aber

was man durch Erbschaft, Legat oder Geschenk gewinnt. Es ist ein nur sehr uneigentlicher Ausdruck, wenn Paulus die hereditas a parente vel a liberto relicta als „quasi“ debitum bezeichnet. Sogar dieses „quasi“, welches die Schwäche der Theorie an sich zeigt (weil die richtige Theorie nicht „quasi“ sondern genau, entschieden und präcise spricht), trifft bei dem legatum, donatio und in der Mehrzahl der Erbschaftsfälle nicht zu.

Die Theorie von Ulpianus und Paulus müsste, wenn man sie zur Entscheidung der von Sabinus nicht vorgesehenen Fragen gebrauchen würde, auch in praktischer Hinsicht nothwendig unzuträgliche Ergebnisse herbeiführen. Darnach könnte man z. B. die Finderhälfte des Schatzes den Erbschaften, Vermächtnissen nicht gleichstellen, obgleich dieser Gewinn im praktischen Leben ebenso als Gewinn an Stammvermögen behandelt wird.

Wir finden aber keine Spuren davon, dass diese Theorie irgendwie ad consequentias geführt wurde. Auch als Theorie kommt sie in den erwähnten Stellen vereinzelt vor. Eine viel grössere Bedeutung hat vielmehr eine andere Theorie erlangt. Indem nämlich in den angeführten Stellen die theoretischen Grundsätze aus dem Wesen der Erbschaften, Vermächtnisse und Schenkungen deducirt werden, wurde von der Mehrzahl der römischen Juristen (auch von Ulpianus und Paulus in anderen Aussprüchen) auf den überlieferten Ausdruck „ex operis“ Gewicht gelegt und daraus die Theorie deducirt. Nach dem gemeinsamen Wesen der Erbschaften, Schenkungen, Legate hat man meistens nicht geforscht, sondern diese Gewinne einfach „ex aliis causis“ bezeichnet. Dagegen hat man den Ausdruck „ex operis“ eifrig interpretirt. Auch hier hat man aber fehlgeschossen und eine ganz falsche Theorie entwickelt. Anstatt nämlich die Hinzurechnung des Erwerbes ex operis zum quaestus und fructus servi dadurch zu erklären, dass die operae gewöhnlich diejenigen Einnahmen bringen, welche, ebenso wie die operae selbst, wiederzukehren fähig sind, hat man das Wort operae im buchstäblichen Sinne jeder Arbeit, jeder Mühe verstanden. Aus dem Princip der Mühe ergeben sich aber viele falsche Consequenzen. Denn auch die nichtwiederkehrenden Einnahmen sind oft mit „Mühe“ verbunden. Wenn z. B. Jemandem eine Erbschaft oder ein Legat unter der Bedingung hinterlassen ist, dass er zu Fuss nach einem heiligen Ort gehe oder sonst eine mühevolle Arbeit verrichte, so wird durch die entsprechenden operae die Bedingung erfüllt und die Einnahme herbeigeführt. Oder wenn

man durch Nachgraben einen Schatz gefunden hat, so ist dies gleichfalls ein Erwerb ex operis im obigen falschen Sinne. Kurz, anstatt der richtigen Theorie:

— Zum verdienten Einkommen gehören die Einnahmen, welche man durch die der regelmässigen Wiederholung fähige Thätigkeit erzielt (oder durch die operae, welche Gegenstand einer Profession sein können, welche gewerbsmässig betrieben werden können) —

hat man die naive Theorie angenommen, nach welcher zum verdienten Einkommen dasjenige gehört, was mit Mühe gewonnen wird. Auch hier ist zur Ehre der römischen Juristen zu sagen, dass die falsche Theorie zwar eine störende Rolle bei ihnen gespielt hat, durch ihren richtigen praktischen Takt aber in der Praxis vollständig überwunden worden ist.

Den Beweis für das oben Ausgeführte ergeben folgende Stellen:

Liber homo, qui bona fide mihi servit, [id] quod ex operis suis aut ex re mea pararet, ad me pertinere sine dubio Aristo ait: quod vero quis ei donaverit aut ex negotio gesto adquisierit, ad ipsum pertinere. sed hereditatem legatumve non adquiri mihi per eum, quia neque ex re mea neque ex operis suis id sit nec ulla eius opera esset in legato, in hereditate aliquatenus, quia per ipsum adiretur (quod et Varium Lucullum aliquando dubitasse), sed verius esse non adquiri . . . (Pomponius ad Sabinum, l. 19 D. de a. r. d. 41, 1).

Varius Lucullus betrachtete also die Frage nach der Erbschaft darum als zweifelhaft, weil der Erwerb der Erbschaft eine opera (aditio hereditatis) voraussetzt. Die Legate werden ipso iure ohne besondere Handlung des Berechtigten erworben, darum sind hier keine theoretischen Zweifel entstanden. Auch Pomponius giebt zu, dass der Erwerb der Erbschaft eine obgleich verhältnissmässig geringe opera voraussetzt (nec ulla eius opera esset in legato, in hereditate aliquatenus); er lässt aber die theoretischen Bedenken bei Seite und entscheidet einfach nach seinem richtigen praktischen Gefühl (sed verius esse . . .), ohne den theoretischen Zweifel lösen zu wollen. Wie entschiede Pomponius in dem Falle, wenn der liber homo einen ganzen Monat gearbeitet hätte, um die Bedingung des Vermächtnisses oder der Erbschaft zu erfüllen? Gewiss würde er sagen: zwar hat der Gewinn viel Mühe gekostet, allein es ist richtiger, zu entscheiden, dass der Gewinn ihm doch verbleibt.

Einen analogen Sieg der gesunden praktischen Vernunft über

die Spitzfindigkeiten der schwachen Theorie beobachten wir in der l. 63 § 3 D. eod. (Tryphoninus):

Quod si servus, in quo usus fructus alienus est, invenerit (thesaurum) in eius loco, qui servum proprium habet, an totum illius sit? et si in alieno, an partem eidem adquirat an vero fructuario? inspectio in illo est, num ex operis servi adquiratur. finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuarii esse: quod vero subito in abdito loco positum nihil agens, sed aliter ambulans invenit, proprietatis domini sit. ego nec illius ad fructuarium pertinere partem arbitror: nemo enim servorum opera thesaurum quaerit nec ea propter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit.

Der Jurist hat die von Sabinus nicht vorgesehene Frage zu entscheiden, ob die Finderhälfte des Schatzes zum Einkommen gehört. Gegen die durch die Tradition geheiligte Theorie: inspectio in illo est, num ex operis . . . will er principiell nicht polemisiren. In der praktischen Entscheidung hat er aber dieselbe verlassen. Nach der erwähnten Theorie würde man, meint er, unterscheiden, ob der Sclave beim Graben der Erde oder nicht bei der Arbeit (nihil agens), etwa beim Spaziergang, den Schatz gefunden hat. Ohne die Bedeutung dieser Consequenzen direct theoretisch zu widerlegen, entscheidet er nun, dass die Finderhälfte des Schatzes in beiden Fällen nicht zum Einkommen gehört, und versucht diese praktisch richtige Entscheidung durch zwei verschiedene Gründe zu rechtfertigen. Der erste Gesichtspunkt (nemo enim servorum opera thesaurum quaerit) könnte u. E. zweifellos zu der richtigen Theorie führen. Der Satz enthält nämlich den trefflichen Gedanken, dass das Suchen nach dem Schatze keinen Gegenstand der regelmässigen, gewerbsmässigen Erwerbsthätigkeit bildet (keine professio, keine exercere). Daraus ergiebt sich die richtige Consequenz, dass die nicht wiederkehrenden Gewinne, wenn sie auch grosse und lange Arbeit erfordern, doch zum Einkommen nicht gehören, weil die Natur der einmaligen Gewinne begrifflich nichts mit der professionellen Thätigkeit zu thun hat. Danach gehören die Preise, welche den Offizieren ertheilt wurden, die im Distanzritt Berlin-Wien gesiegt haben, nicht zum Einkommen, obgleich die Reiter den Gewinn durch eine so anstrengende opera erzielt haben, dass die schädlichen Nachwirkungen für ihre Gesundheit gewiss nicht ausbleiben werden, und dass die übermässige opera die Werkzeuge, die armen Pferde, zu Tode gefoltert hat. Denn kein Mensch kann die Distanzritte zum Gegenstand seiner gewerbsmässigen Thätigkeit machen. Dagegen ist das Gehalt eines Gutsverwalters, das Honorar des Advokaten — Einkommen. Auch die donationes können nach dem richtigen Prinzip von Tryphoninus zum Einkommen gehören, wenn man gewerbsmässig Schenkungen erwirbt. Die Trinkgelder gehören zum Einkommen des Kellners, des Portiers etc.

Neben dem richtigen Satz stellt aber Tryphoninus auch einen falschen auf: nec ea propter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit. Daraus hätten wir eine Menge von falschen Consequenzen, z. B. der Preis für den Distanzritt, für Rettung aus dem Feuer würden zum Einkommen gehören, ebenso die bedingte Erbschaft, das Vermächtniss, wenn der Erwerber operam insumpsit, um den Gewinn zu machen.

Noch mehr theoretische Schwächen enthalten die allgemeinen Ausführungen einiger römischen Juristen in Bezug auf den Grund der in gewissen Fällen ähnlichen Behandlung der acquisitiones ex re, ex operis, contemplatione alicuius. Namentlich scheint Ulpian ein besonderes Gefallen an theoretischen Constructionen in diesem Gebiete gefunden zu haben. Er versucht, diese wesentlich verschiedenen Arten der Gewinne (vgl. oben § 5) in eine gemeinsame Constructionsformel hineinzuzwängen:

Qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est sive homo liber est, quidquid ex re eius cui servit adquirit, ei adquirit, cui bona fide servit. sed et si quid ex operis suis adquisierit, simili modo ei adquirit: nam et operae quodammodo ex re eius cui servit habentur, quia iure operas ei exhibere debet, cui bona fide servit (Ulpianus l. 23 pr. D. de a. r. d. 41, 1).[1]

Das ganze Raisonnement reducirt sich auf Folgendes:

Der Nutzen der operae gehört dem nichtwissenden Besitzer, weil die operae ex re possessoris sind; sie sind ex re possessoris, weil sie dem Besitzer rechtlich gehören. Dieses logische Missgebilde unterscheidet sich dadurch von den gewöhnlichen Beispielen der petitio principii, dass dabei noch die falschen Sätze der misslungenen

1) Vgl. l. 9 D. de operis lib. 38, 1.

Construction zu Grunde gelegt sind. Bevor nicht die operae in die Welt der Erscheinungen eingetreten sind, können sie natürlich nicht im Vermögen sein; erworben kann nur das Recht auf die zukünftigen operae sein. Es wäre aber mindestens ungenau, von dem Rechte des putativen Berechtigten auf den zukünftigen Nutzen des im guten Glauben besessenen freien Menschen oder fremden Sclaven zu sprechen.

Potest esse apud me duplicis iuris peculium: ut puta servus est dotalis, potest habere peculium, quod ad me respiciat, potest et quod ad mulierem. nam quod ex re mariti quaesiit vel ex operis suis, id ad maritum pertinet: et ideo, si respectu mariti heres sit institutus vel ei legatum datum, id eum non debere restituere Pomponius scribit (Ulpianus l. 19 § 1 D. de pec. 15, 1).

Hier scheint Ulpian die Zuwendungen an den Sclaven respectu mariti gleichfalls auf Erwerb aus dem Vermögen des Mannes zurückführen zu wollen. Uebrigens hat diesen theoretischen Fehler auch Julian in der l. 45 § 4 D. de adq. et om. her. 29, 2 begangen:

Et quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum iussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intellegatur non opera sua mihi adquirere, sed ex re mea, sicut in stipulando et per traditionem accipiendo ex re mea mihi adquirat.[1]

Aus den angeführten drei Stellen folgt der absurde Satz, dass der bona fide possessor eines Sclaven oder eines freien Menschen durch diesen eigentlich nichts Neues erwerbe. Nicht nur die Einkünfte des homo, sondern auch die von dritten Personen zugewendeten Erbschaften etc. stammen aus dem Vermögen (ex re) des Besitzers, ebenso wie z. B. die Darlehnsforderung, welche durch das Geld des Besitzers erworben wurde. Wenn man diesen Satz zu praktischen Consequenzen benutzte, entstünden daraus entsprechend verkehrte Rechtssätze. Die römischen Juristen haben sich aber durch solche Constructionen nicht irre führen lassen. Derselbe Ulpian, welcher bei der bonae fidei possessio den Erwerb

1) Diese Stelle weist darauf hin, dass der Erwerb der Zuwendungen contemplatione possessoris später Anerkennung zu finden anfing, als der Erwerb ex re, welchen Julian als allgemein anerkannt betrachtet. Dies ist wiederum eine Bestätigung der Hypothese von Pernice (Labeo II S. 170 N. 66), welcher aus der l. 23 pr. de a. r. d. 41, 1 auf den früheren Ursprung des Erwerbes ex re als des Erwerbes ex operis schliesst.

ex operis servi und ex re possessoris identificirt, macht bei dem Kauf den wesentlichen Unterschied (lucrum ex vendito servo — lucrum ex alia re propria) zwischen den beiden Arten von Einnahmen durch eine entsprechende praktische Entscheidung geltend (l. 13 § 13 D. de act. empti 19, 1).

Im Allgemeinen haben wir uns in der dogmatischen Darstellung überzeugt, dass das positive römische Recht vollkommen sachgemäss gestaltet ist. Nur eine Entscheidung von Ulpian hat uns dort Anstoss erregt (vgl. oben S. 66). Diese Entscheidung widerspricht übrigens gründlich der Gleichstellung des Erwerbes contemplatione alicuius mit dem Erwerbe ex re.

---

§ 19. B. Classification der Einkommensbegriffe.

I. Fructus civiles und naturales.

Diese Eintheilung der Früchte ist den Quellen fremd. Sie ist erst durch die nachrömische Rechtswissenschaft aufgestellt worden und wird jetzt in allen Lehrbüchern und Abhandlungen über die Früchte als deren wichtigste Eintheilung wiederholt. Welchen Zweck und Sinn hat diese Classification?

Sie ist wissenschaftlich völlig werthlos. Wir negiren zwar nicht, dass einige Arten der Einkünfte durch Rechtsgeschäfte, andere ohne solche bezogen werden. Allein eine wissenschaftliche Classification erfordert doch etwas mehr, als die Constatirung irgend welcher Unterschiede. Sonst hätte jede Wissenschaft einen solchen Ballast von Classificationen mitzuschleppen, dass jede Fortbewegung und Schaffung von Klarheit unmöglich wäre. Die Unsitte der nutzlosen Classificationen hat bekanntlich die Wissenschaft im Mittelalter (Scholastik) stark gehemmt und erschwert. Jetzt sucht man allgemein mit vollem Recht diesen nutzlosen Ballast abzuschaffen. Einen technischen Gattungsbegriff theilt man nur in solche Unterbegriffe (species), welche wiederum eine technische Bedeutung haben, d. h. in solche Arten, welche um sich eine Abtheilung der Lehre concentriren. Die Unterarten eines Gattungsbegriffes müssen den Abschnitten im System der Wissenschaft selbst entsprechen. Eine solche Classification haben wir für den Fruchtbegriff durch die ganze obige Untersuchung zu schaffen versucht. Diese Classification besteht in der Eintheilung des Begriffes fructus in Früchte als Brutto-Einkünfte und Früchte als Reineinkommen (purus reditus, „purus fructus"). Dies ist wirklich

eine wissenschaftlich nützliche Eintheilung des Gattungsbegriffes in Species. Aus dieser Eintheilung hat sich ganz natürlich die Eintheilung der Untersuchung ergeben. Denn auf die erstere Species beziehen sich ganz andere Lehrsätze, als auf die zweite. Aber nicht nur für die Untersuchung über das Wesen (Umfang und Inhalt) des Fruchtbegriffes ist die obige Eintheilung von entscheidender Bedeutung, sondern auch für die Lehre über die Anwendung des Fruchtbegriffes im Civilrecht. Das ganze Fruchtrecht zerfällt in zwei grosse Gebiete. Das erstere an Umfang und Inhalt grössere Gebiet ist dasjenige der Fruchtprästationen. Hier handelt es sich um die Anwendung des Begriffes des Reineinkommens. Das zweite Gebiet, dasjenige des Einkommenserwerbes, concentrirt sich um den Begriff des Brutto-Einkommens (man kann nichts deducta impensa erwerben, weil deductio nur eine Gedankenoperation ist). Daher wird unsere weitere Untersuchung ganz natürlich und zweckmässig wiederum in zwei Theile zerfallen: 1. Anwendung des Fruchtbegriffes im Sinne des reinen Einkommens (Einkommensersatz, fructuum restitutio), 2. Anwendung des Fruchtbegriffes im Sinne des Brutto-Einkommens (Einkommenserwerb). Wie der Inhalt und der Umfang des Begriffes des reinen Einkommens für unsere Wissenschaft noch eine terra incognita bildet, ebenso befindet sich die Lehre vom Einkommensersatz in einem primitiven, unkritischen Zustande, welcher der hoch entwickelten Gestalt derselben Lehre in unseren Quellen ganz unähnlich ist. Es ist dies zunächst nur eine Behauptung, aber wir hoffen, dieselbe in kurzer Zeit im vollen Umfange rechtfertigen zu können. — Anstatt der aus dem Wesen des Fruchtbegriffes und der Behandlung desselben im Civilrecht sich natürlich ergebenden Classification in Reineinkommen und Brutto-Einkünfte, theilt man nun die Früchte in naturales und civiles. Diese Classification spielt in der Lehre vom Einkommensersatz gar keine Rolle. Die volle Bedeutung dieser Behauptung wird gleichfalls erst aus der Lehre vom Einkommensersatz erhellen. Dass sie im Allgemeinen begründet ist, haben wir aber schon oben gesehen. Bei der Schätzung des reinen Einkommens wird der Pachtzins ebenso zu den Activa geschlagen, wie andere Activbestandtheile der Masse. Es ist gleich, ob das Einkommen durch Verpachtung oder durch Selbstwirthschaft gewonnen wurde. Auch die pretia für die Producte sind dort fructus percepti. Auch das fructuum nomine von Dritten Erstrittene gehört dahin. Dieser Gewinn wird aber weder durch

das Rechtsgeschäft, noch durch die Sammlung der „organischen Erzeugnisse“, sondern eben durch den siegreichen Prozess erzielt. Die Classification in fructus naturales und civiles bezieht sich nicht auf die ganze Fruchtlehre, sondern höchstens auf einen Theil derselben. Daher bildet sie nach den anerkannten Regeln der Logik nicht die allgemeine Eintheilung des Fruchtbegriffes. Die erste Eintheilung (die unmittelbaren species des genus) bilden nur: fructus in brutto, und fructus purus. Die Eintheilung in die fructus civiles und naturales kann sich nur auf die Anwendung des Begriffes fructus in brutto beziehen. Fructus naturales und civiles bilden also keine species für den obersten allgemeinen Begriff fructus, sondern höchstens species speciei, d. h. Unterarten des Unterbegriffes fructus in brutto. Ist nun die bekämpfte Classification in diesem auf die Stufe der Unterabtheilung herabgesetzten Range anzunehmen? Nein, sogar in dieser bescheidenen Gestalt widerspricht die Classification den ersten Regeln der logischen Kunst. Wollten wir den Unterbegriff Brutto-Einkommen in zwei species: fructus civiles und naturales — eintheilen, so würden wir nach dem oben über die wissenschaftliche Classification Ausgeführten behaupten, dass die Lehre vom Einkommenserwerb in zwei Theile zerfalle: in die Lehre vom Erwerb der fructus naturales und in die vom Erwerb der fructus civiles. Mit andern Worten würden wir behaupten, dass in der Lehre vom Einkommenserwerb ein Theil der Sätze den fructus civiles, ein anderer den fructus naturales gemeinsam sei. Das wäre aber falsch. Es giebt keinen einzigen Satz über den Einkommenserwerb, welcher den fructus naturales im Gegensatz zu den fructus civiles oder umgekehrt eigen wäre. Zwar lehrt man gewöhnlich, dass die Regeln über den Einkommenserwerb durch die separatio und perceptio den fructus naturales eigen sind. Dies ist aber sehr ungenau. Die Jagdthiere, Fische und dgl. werden nicht durch Separation und Perception erworben, sondern durch Occupation nach den Regeln dieses Institutes. Die Früchte bei Massenkapitalien werden nicht durch Perception, sondern nach den Regeln über die Summission erworben. Und zwar bezieht sich dieses nicht nur auf die ausgeschiedenen alten Exemplare (Bäume, Thiere und dgl.), sondern auch auf die Thierjungen. Unter Umständen erwirbt der Niessbraucher ein junges Thier durch den Tod desselben etc., also gar nicht durch die perceptio.

Kann man vielleicht irgend welchen gemeinsamen Satz in Be-

zug auf den Gewinn der fructus civiles im Gegensatz zu den fructus naturales aufstellen? Wiederum nicht. Man stelle nur folgende Arten von Früchten, welche die herrschende Lehre zu den fructus civiles rechnet, zusammen: 1. Pachtzinse, 2. Forderungen, welche für den Eigenthümer auf Grund der Regeln über die emphyteusis, superficies, etc. entstehen, 3. Forderungen, welche nach dem römischen Recht ipso iure von dem Herrn des Sclaven erworben wurden, 4. Couponsforderungen, 5. Dividenden, 6. Abgaben der Colonen, 7. Forderungen in Folge der Reallasten und ähnliche moderne Gestaltungen, 8. Zinsenforderungen aus einem ererbten Schuldschein und dgl. Wenn man diese Beispiele überblickt, ersieht man sogleich, dass man keinen allgemeinen Satz über den Erwerb der fructus civiles aufzustellen vermag. Nicht einmal so viel kann man sagen, dass der Berechtigte alle fructus civiles durch Rechtsgeschäfte erwirbt. Die Eintheilung der Früchte in brutto für die Lehre vom Einkommenserwerb in naturales und civiles ist also nach beiden Richtungen falsch.

Welche Classification an die Stelle der bekämpften Eintheilung treten soll, können wir jetzt noch nicht angeben. Die Frage gehört auch nicht in diesen Zusammenhang, sondern eben in die specielle Lehre vom Einkommenserwerb. Wenn wir mit dieser Lehre zu thun haben werden, können wir uns dort am besten überzeugen, welche Classification für die Lehre am nützlichsten ist. Wir haben diese noch selbst nicht ausgearbeitet. Nur so viel steht schon in unserer Ueberzeugung fest, dass man dort mit einer Zweitheilung nichts auszurichten vermag. Man muss vielmehr mehrere Classen nach dem Erwerbsact schaffen, also etwa in folgender Weise classificiren: 1. Occupationsfrüchte, 2. Separationsfrüchte, d. h. diejenigen, welche durch die Trennung von der Kapitalsache erworben werden, 3. Summissionsfrüchte u. s. w.

II. **Fructus industriales, mere naturales.**

Als fructus mere naturales bezeichnet man solche Früchte, welche lediglich der Natur ihr Dasein verdanken; als fructus industriales solche, welche mit Hilfe der menschlichen Arbeit erzeugt sind. Dies ist eine Classification vom geschichtlichen Standpunkt. Die ältere Literatur hat der Eintheilung auch eine praktische Bedeutung zugeschrieben. Man hat nämlich angenommen, dass der

bona fide possessor nur die fructus industriales erwirbt. Jetzt ist diese Ansicht allgemein verlassen. Die berühmte l. 45 D. de usur. von Pomponius, auf welche sich die ältere Theorie gegründet hat, betrachtet man als ein geschichtliches Zeugniss ohne praktische Bedeutung und die Eintheilung der Früchte in industriales und mere naturales als eine Classification, welche in das Gebiet der Rechtsgeschichte gehört. Uebrigens schreiben einige Schriftsteller der Eintheilung noch die Bedeutung zu, dass die fructus industriales zwischen den Ehegatten giltig geschenkt werden können, die fructus mere naturales dagegen nicht.[1] — Die Eintheilung ist auch aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte zu entfernen. Sie leidet an demselben Fehler, welcher der ganzen herrschenden Fruchttheorie zu Grunde liegt. Sie verwandelt nämlich die Verhältnisse zwischen einem Menschen und einem wirthschaftlichen Gute in objective Eigenschaften der Sachen. In der Geschichte des römischen Rechtes hat nicht der Umstand Bedeutung gehabt, ob die Früchte nur der Natur ihr Dasein verdanken, oder auch der menschlichen Arbeit, sondern nur das persönliche Verhältniss des Wirthes zum Product. Es handelte sich nämlich darum, ob die Früchte von dieser bestimmten Person producirt wurden oder von anderen Personen (fructus a bonae fidei possessore sati — a quolibet alio sati; illos tamen fructus, quos suis operis adquisierit; non tantum eos fructus, qui diligentia et opera eius pervenerunt).[2] Dieser Unterschied in den subjectiven Verhältnissen hat in der That zur Zeit von Pomponius und gewiss noch mehr vor ihm eine bedeutende geschichtliche Rolle gespielt.[3] Von der Unterscheidung zwischen den rein natürlichen und den durch die Arbeit erzeugten Früchten finden wir dagegen in der Geschichte des römischen Rechtes keine Spur.

III. Fructus pendentes (stantes), fructus separati, fructus percepti, fructus percipiendi.

Die ersteren zwei Ausdrücke sind klar ebenso für die Laien wie für die Juristen. Als besondere technische Ausdrücke, welche

1) Vgl. Göppert S. 234 fg.; Puchta, Inst. II § 242. Dagegen Petražycki, Fruchtvertheilung S. 206 fg.

2) l. 25 D. de usur. 22, 1; l. 45 eod; l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

3) Fruchtvertheilung S. 204 fg. Vgl. auch oben S. 18 fg. in der Note.

in den Lehrbüchern unausbleiblich figuriren, sind sie im Mittelalter aus Vorliebe zur gelehrten Terminologie und zu Definitionen eingeführt. Ohne im Kapitel über die Früchte auf diese Ausdrücke und ihre ganz überflüssigen Definitionen Raum zu verschwenden, haben wir es viel einfacher, wenn wir, wo nöthig, von den Producten vor und nach der Trennung sprechen.

Eine andere Bedeutung hat der Ausdruck fructus percepti, weil für die perceptio fructuum besondere juristisch-technische Kriterien existiren. Fructus percepti definirt man gewöhnlich als die in Besitz genommenen Früchte. Die Definition ist insofern ungenau, als sie zu objectiv ist. Die vom Dieb u. dgl. in Besitz genommenen Feldfrüchte sind keine fructus percepti im technischen Sinne. Fructus perceptio im technischen Sinne ist nur seitens gewisser Personen möglich. Fructus percepti bedeutet nicht den objectiven Zustand des Productes, sondern nur ein besonderes Verhältniss einer bestimmten Person zu demselben.

Der Ausdruck fructus percepti hat in der Literatur auch in anderer Richtung Verwirrung angerichtet. In den Quellen kommen nämlich Ausdrücke wie pensiones, usurae perceptae etc. vor. Dies hat Anlass gegeben, die perceptio fructuum auf alle möglichen Arten der Früchte auszudehnen. Es wird darüber gestritten, mit welchem Augenblicke der Pachtzins, die Zinsen etc. als percipirt gelten. Die meisten betrachten die Fälligkeit der Forderung als den kritischen Moment, welcher der perceptio bei den Feldfrüchten gleichgestellt werden soll. Man hat auch von perceptio und quasiperceptio gesprochen. Das Missverständniss in Bezug auf den Ausdruck fructus percepti hat auch die von uns oben (S. 177 fg.) bekämpfte irrthümliche Theorie erzeugt, dass die vom Fruchtpflichtigen in Besitz genommenen Producte als solche nothwendig restituirt werden sollen. Dort haben wir gezeigt, dass der Ausdruck fructus percepti zwei grundverschiedene technische Bedeutungen hat:

1. Im Gebiete der Anwendung des Begriffes fructus als Brutto-Producte (im Gebiete des Fruchterwerbes) bedeutet der Ausdruck fructus percepti die von derjenigen Person, welche von dem betreffenden Kapital die Früchte durch die Perception erwirbt (Niessbraucher, Pächter etc.) in Besitz genommenen Producte (ein persönliches Verhältniss concreter Natur). Der technische Ausdruck fructus percepti in diesem Sinne bezieht sich einzig und allein auf die Früchte, welche eben durch die Separation und Perception er-

worben werden. Den Ausdruck auf die Pachtzinse, die Jagdthiere, die durch Summission erworbenen Producte etc. auszudehnen ist ein müssiges Spiel, welches nur die Lehre verdunkelt.

2. Im Gebiete des Rechtes vom reinen Einkommen (Fruchtprästationen) bedeutet der Ausdruck fructus percepti den abstracten wirthschaftlichen Gewinn derjenigen Person, welche die Früchte zu leisten oder anzurechnen hat (ein sehr abstractes persönliches Verhältniss). In diesem Sinne gehören zu den fructus percepti viele in Besitz genommene Producte gar nicht (oben § 13). Andere gehören dahin alsdann nicht, wenn sie ohne Schuld des Verpflichteten keinen Endgewinn herbeigeführt haben (z. B. zufällig verbrannt sind). Dagegen gehören zu den fructus percepti verschiedene Forderungen, Prozessgewinne, Verkaufspreise etc.

Aus diesem Grunde erscheint es uns gerathen, den Begriff fructus percepti nicht mit den fructus separati, pendentes zusammenzustellen, sondern diesen doppelsinnigen Ausdruck im Zusammenhange mit den Begriffen Brutto-Einkünfte und Reineinkommen zu erklären, oder den Begriff fructus percepti in dem einen Sinne in der Lehre vom Fruchterwerb, in dem andern Sinne in der Lehre vom Fruchtersatz zu bestimmen.

Den Begriff fructus percipiendi können wir erst in der Lehre vom Einkommensersatz einer genaueren Kritik unterwerfen.

C. Einkommensbegriffe im Entwurf.

§ 20. *α.* Brutto-Einkünfte vom Kapital.

§ 792 des Entwurfes lautet:

„Im Sinne des Gesetzes sind:

1. Früchte einer Sache die Erzeugnisse der letzteren und diejenige sonstige Ausbeute aus derselben, deren Gewinnung zur bestimmungsmässigen Nutzung der Sache gehört;

2. Früchte eines Rechtes, auch wenn dasselbe zeitlich beschränkt ist, die Erträge, welche das Recht bei bestimmungsmässiger Nutzung gewährt, insbesondere, sofern das Gewinnen von Bodenbestandtheilen Gegenstand des Rechtes ist, die gewonnenen Bodenbestandtheile;

3. Früchte einer Sache oder eines Rechtes auch die Erträge, welche die Sache oder das Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt."

Gegen diese gesetzliche Definition sind folgende Einwände zu machen:

A. Für den gesetzlichen Fruchtbegriff sind darnach nur die rein objectiven Merkmale entscheidend. Auf die subjectiven Verhältnisse der Personen ist keine Rücksicht genommen. Zu welchen ungenauen Ergebnissen wir kommen würden, wenn wir die organischen Erzeugnisse einer Sache, unabhängig von dem Verhältnisse einer bestimmten Person diesen Gütern gegenüber, in den Rechtsverhältnissen dieser Person immer als Früchte behandelten, werden wir näher nicht ausführen. Es genügt, auf die von uns im § 2 angeführten Bestimmungen des römischen Rechtes zu verweisen. Wenn man anerkennt, dass diese Bestimmungen sachgemäss sind,

so erkennt man zugleich an, dass der Fruchtbegriff des Entwurfes nicht sachgemäss ist.

Uebrigens ist zu bemerken: Die sich aus dem objectiven Fruchtbegriff des Entwurfes ergebenden praktischen Consequenzen sind zu unmöglich, als dass die Praxis diese anwenden könnte. Die Richter werden nach ihrem Rechtsinstinct gewiss richtig erkennen, wann die Erzeugnisse u. dgl. als Früchte, und wann dieselben als Kapital zu behandeln sind. Daher schreiben wir unserem Einwand keine grosse praktische Bedeutung zu. Die Objectivität des Fruchtbegriffes im Entwurf ist ein theoretisches Missverständniss, welches praktisch ungefährlich ist. Bei der weiteren Kritik werden wir voraussetzen, dass die persönlichen Verhältnisse, welche nöthig sind, damit z. B. das Getreide einer Person gegenüber als Frucht behandelt wird, vorhanden sind (vgl. oben § 3).

B. Der Gewinn der occupatorischen Wirthschaft (Jagd, Fischerei u. dgl.) gehört nach dem Entwurf nicht zu den Früchten. Zu den im § 792 sub 1 angeführten Früchten gehört er nicht, weil dort nur von den Früchten, welche durch die Trennung von der Kapitalsache gewonnen werden, die Rede ist. Ausser dem Wortlaut des Gesetzes bestätigt dies z. B. der § 900 des Entwurfes (auch die Motive). Zu den sub 3 angeführten Früchten gehören die Einkünfte von der occupatorischen Wirthschaft gleichfalls nicht, weil man die Fische aus dem Wasser nicht durch Rechtsgeschäfte gewinnt. Ebensowenig gehört die Jagdbeute zu den Früchten sub 2, welche dasselbe umfassen, wie die Bestimmungen sub 1 und sub 3. Aus den Motiven ersehen wir, dass der Gesetzgeber das Einkommen von der occupatorischen Wirthschaft einfach vergessen hat. Ebenso werden die praktischen Richter entscheiden, ohne aus dem § 792 einen absichtlichen Ausschluss dieser Art des Einkommens zu entnehmen. Insofern schreiben wir auch diesem zweiten Einwand gegen den Entwurf keine grosse praktische Bedeutung zu.

C. Eine ernstere Bedeutung hat unser dritter Einwand gegen den § 792. Dieser Einwand ist hauptsächlich für die Viehzucht von Bedeutung. Wie die Einkünfte von einzelnen Thieren geregelt sind, lassen wir bei Seite.[1] Im praktischen Leben kommen hauptsächlich die Verhältnisse an Thiergesammtheiten in Betracht (lebendes Inventar des Gutes, Gestüte, Schafheerden etc.). Aus dem § 792 folgt, dass zu den Früchten eines Viehcomplexes alle Thierjungen gehören: sie sind ja organische Erzeugnisse. Dahin gehören die periodisch auszuscheidenden Exemplare nicht. Mit anderen Worten, der Entwurf ignorirt die bei den praktischen Wirthen anerkannten Regeln über die Einkünfte bei der Viehzucht. Dass unser Schluss aus dem § 792 richtig ist, ergeben (ausser dem Wortlaut desselben) noch der § 1000 und der § 535. Aus dem § 1000 folgt, dass die Summission nicht ein universales Princip des Gesetzbuches, sondern eine specielle Vorschrift für den Niessbraucher bildet. Die Vorschrift selbst werden wir nicht kritisiren, weil sie eine verschwindend geringe Bedeutung neben der uns interessirenden allgemeinen Frage hat. Was den § 535 anbetrifft, so bezieht sich dies Gesetz auf ein besonders wichtiges Institut, auf die Pacht, darum möchten wir dasselbe nicht mit Stillschweigen übergehen. Dort heisst es über den Pächter eines Landgutes mit dem lebenden Inventar:

„. . . in Ansehung der fruchttragenden Stücke hat er den Fruchtgenuss, insbesondere gebühren ihm die Jungen der Thiere; die ohne einen von dem Pächter zu vertretenden Umstand abgegangenen Stücke ist der Verpächter zu ersetzen verpflichtet."

Diese Vorschrift bringt eigentlich wenig Neues, weil sie nur eine consequente Anwendung des § 792 ist. Sie zeigt uns auch sehr anschaulich, was der Grundsatz des § 792 werth ist. Der Pächter gewinnt also alle Thierjungen, weil er den Fruchtgenuss hat. Die abgehenden Stücke gehören selbstverständlich dem Ver-

1) In Bezug auf die Früchte eines Thieres ergeben sich aus der Begriffsbestimmung des Entwurfes ganz eigenthümliche Consequenzen. Da nämlich der Entwurf unter den org. Erzeugnissen nicht nur die Producte der Fortpflanzungsfunction, sondern im Allgemeinen die gewesenen Theile eines Organismus (Wolle, Haare etc.) versteht und solche Erzeugnisse ohne Beschränkung zu den Früchten rechnet, so gehört darnach das Rasiren eines Pferdes oder sonst eine Verstümmelung desselben durch Abnahme eines Theiles seines Organismus zur Fruchtgewinnung; wenn Jemand in einem zoologischen Garten dadurch Verwüstung angerichtet hat, dass er die Papageien, Kolibris etc. ihrer Federn oder Flügel beraubt hat, so hat er einen Act der Fruchtgewinnung vollzogen. Ebenso curiose Consequenzen ergeben sich aus dem § 792 in Bezug auf die Früchte einzelner Pflanzen. Wenn der Niessbraucher eines Birnbaumes diesen aller Aeste beraubt hat, so hat er Früchte des Baumes percipirt. Andererseits bildet der Honig und das Wachs, wie schon oben hervorgehoben, Früchte der Pflanzen, nicht aber des Bienenschwarmes. Natürlich wird die Praxis den Fruchtbegriff des Entwurfes in diesen Hinsichten nicht ad consequentias führen, ebenso wie in anderen Hinsichten, sobald die reductio ad consequentias des § 792 zugleich eine offenbare reductio ad absurdum des Gesetzes bildet.

pächter. Diesem liegt die Pflicht ob, dieselben durch neue Stücke zu ersetzen. Vom Standpunkt der praktischen Wirthschaft ist diese Regelung entschieden zu verwerfen:

1. Sie ist besonders in dem Falle schädlich, wenn die Heerde aus solchen Thieren besteht, welche zu einer in der Nachbarschaft nicht gezüchteten Race gehören oder wenn die Race zwar landesüblich ist, der Gutsbesitzer aber die Qualitäten derselben verbessert und weiter entwickelt hat. Durch den § 535 des Entwurfes ist ja diese bessere Race zum Aussterben verurtheilt. Wenn der Gutsbesitzer eine ausländische Race züchtet, so kann er unmöglich jedes Jahr aus dem Auslande die zum Ersatz nöthigen Stücke anschaffen. Das wäre wirthschaftlich absurd. Die Zucht der ausländischen Viehracen hat freilich nicht so grosse praktische Bedeutung. Die Erscheinung aber, dass die Landwirthe eine inländische Race in ihrer Wirthschaft vervollkommnen, findet sehr häufig statt und hat eine wichtige Bedeutung nicht nur für den fortschrittlichen Wirth persönlich, sondern für das Gedeihen der ganzen Volkswirthschaft. Wer auf dem Lande gewohnt hat, wird sich erinnern, dass fast jeder Gutsbesitzer aus der Nachbarschaft diese oder jene Eigenschaften seiner Kühe, Schafe, Pferde etc. besonders als die von ihm erzielten Vorzüge gelobt hat. Auch die Bewohner der Stadt können sich von der Bedeutung dieser Erscheinung überzeugen, wenn sie einmal eine Viehausstellung besuchen. Darum betrachten wir die römische Regel, nach welcher die Summission vor Allem ex adgnatis[1] geschieht, als eine sehr nützliche Vorschrift, welche die vernünftigen Interessen der Viehzucht schützt. Der § 535 ist dagegen ein Gesetz gegen die Interessen der Volkswirthschaft.

2. Wenn wir voraussetzen, dass die Heerde keine besonderen Qualitäten besitzt, sodass der Verpächter dieselbe nicht verändert, wenn er die zum Ersatz nöthigen Stücke in der Nachbarschaft ankauft, so ist auch dann die Vorschrift des § 535 nicht sachgemäss. Die dort vorgeschriebene Wirthschaft ist nämlich zu kostspielig. Dass es viel weniger kostet, die Heerde durch sich selbst ergänzen zu lassen, als jedes Jahr einige Stücke anzukaufen, brauchen wir wohl nicht näher auszuführen.

1) Natürlich kann der Eigenthümer gegen die Summission anderer Stücke nicht Einspruch erheben, wenn seine Interessen im concreten Fall in keiner Weise verletzt sind, weil ein derartiger Protest als Chicane zu behandeln wäre.

3. Auch wenn wir noch diesen Umstand ausser Acht lassen, sind wir weit entfernt, uns mit dem § 535 zu versöhnen. Man muss nämlich beachten, wie umständlich die ganze durch den § 535 vorgeschriebene Wirthschaft ist. Wer das Gut verpachtet, wohnt gewöhnlich in der Stadt, vielleicht sehr weit von seinem Gute. Der Zweck der Verpachtung besteht im durchschnittlichen Falle eben darin, sich von der Wirthschaft aus irgend welchen Gründen zu befreien. Der Entwurf schreibt nun vor, dass der Verpächter trotz der Verpachtung noch einen Gutsverwalter halten, oder von Zeit zu Zeit seine Geschäfte in der Stadt unterbrechen und selbst auf sein Landgut kommen muss, um jedes ausgeschiedene Stück zu ersetzen. Das ist ein ganz unerträglicher Zustand; denn man ist trotz der Verpachtung an die Scholle gebunden.

4. Endlich giebt der § 535 dem Pächter Gelegenheit zu allen möglichen Chicanen und Missbräuchen. Setzen wir voraus, dass der Besitzer eines Gutes in Ostpreussen, welcher in Berlin oder München wohnt, im Herbst auf das Gut gekommen ist, um die curiosen durch den § 535 vorgeschriebenen Pflichten zu erfüllen und nachher mit erleichtertem Herzen wieder nach der Stadt zurückgekehrt ist. Der Pächter ist nun mit den angekauften Pferden nicht zufrieden oder will einfach den Verpächter chicaniren. Da er mit den neuen Stücken unzufrieden ist, so wird es sehr leicht vorkommen, dass einige von diesen in den ersten Wochen erkranken oder crepiren, ohne dass eine Schuld des Pächters nachweisbar wäre. Jetzt telegraphirt dieser nach München: „Bitte zwei neu gekaufte Pferde zu ersetzen. Wurden unvorsichtig gekauft, waren krank.“ —

Auf Grund der obigen Erwägungen rathen wir ganz entschieden, das bekämpfte Gesetz gänzlich zu streichen und dem Pächter nicht alle Thierjungen als Früchte zu gewähren, sondern nur so viele, als nach Ergänzung der Heerde übrig bleiben. Andererseits sind dem Pächter die abgehenden Stücke zu belassen. Die Vorzüge dieser Regelung sind klar und vielseitig. Die Heerde besserer Race oder Eigenschaften wird nicht aussterben, sondern sich aus sich selbst weiter entwickeln und erneuern. Der Verpächter kann ruhig seinen Beschäftigungen nachgehen und so weit entfernt wohnen, wie er will. Der Pächter verliert den Anlass zu Chicanen und empfängt alle Motive, die Viehzucht ordentlich zu führen. Das Crepiren eines Stückes kann ihm keine Schadenfreude,

sondern nur Verlust bringen. Darum müssen nicht nur Menschenfreunde, sondern auch Thierfreunde unsern Vorschlag billigen. Da ferner darnach der Pächter der alleinige verantwortliche Wirth bei der Viehzucht ist (im Gegensatz zum Entwurf, welcher die wirthschaftlichen Handlungen und die Verantwortlichkeit zwischen zwei Personen theilt), so wird die vorgeschlagene Regelung viele aus dem Entwurf entstehende Streitigkeiten beseitigen.

Die Abänderung des Entwurfs ist aber nicht in der Weise auszuführen, dass man den § 535 durch eine verbesserte entsprechende Bestimmung ersetzt; man muss vielmehr den § 792 entsprechend verändern. Hier, in diesem Paragraphen, steckt die Wurzel des Fehlers. Und zwar verdirbt der § 792 nicht nur die Pacht, sondern fast alle Institute des Vermögensrechtes, d. h. fast das ganze Gesetzbuch in seiner practischen Wirkung. Dies haben wir schon oben genug begründet, so dass wir auf jene Ausführungen verweisen können.

Die obigen Einwände beziehen sich auf den Ausschluss der Occupations- und Summissionsfrüchte des gemeinen Rechtes aus der Reihe der Früchte. Jetzt wollen wir sehen, was der Entwurf in diese eingeschlossen hat. Zur näheren Erklärung des Sinnes des § 792 sub 1 führen wir die Motive dazu an:

„Der vorliegende Entwurf unterscheidet wie folgt:

1. Früchte einer Sache sind vor allem die (organischen) Erzeugnisse derselben. Die in dem geltenden Rechte hervortretende Beschränkung des Fruchtbegriffes auf die Erzeugnisse, welche ohne Verminderung der Substanz der Sache aus der letzteren gezogen werden können, verdunkelt den Begriff, indem sie in denselben ein Moment hineinzieht, welches seine Bedeutung nur für das einem Anderen als dem Eigenthümer der Sache zustehende Recht zum Fruchtbezuge hat. Wenn dem Pächter und dem Niessbraucher grundsätzlich nur diejenigen Erzeugnisse gebühren, deren Gewinnung zur bestimmungsmässigen bezw. wirthschaftlichen Nutzung der Sache gehört, so wird hierdurch nur der Inhalt des Pachtrechtes und des Niessbrauches begrenzt, nicht aber auch der Fruchtbegriff berührt. Dieser Begriff muss, um ihm die sachgemässe Verwendung in dem Gesetzbuche zu sichern, unabhängig von dem Inhalte des jeweiligen Rechtes zum Fruchtbezuge bestimmt werden.

Zu den Früchten einer Sache ist ferner diejenige Ausbeute aus derselben zu rechnen, welche zwar nicht auf organischem Wege erzeugt wird, aber doch von der Sache gewonnen werden muss, wenn anders dieselbe die Vortheile gewähren soll, welche ihrer Bestimmung entsprechen. Allerdings gestaltet sich diese Ausbeute meist (nicht immer, z. B. nicht bei Mineralquellen) zu einem theilweisen Verbrauche der Substanz und damit zu einer Verschlechterung des Grundstückes; sie stellt, genau genommen, einen Gewinn dar, welcher auf Kosten des Kapitales gemacht wird. Allein ein Bedenken gegen die Ausdehnung des Fruchtbegriffes über das Gebiet der organischen Erzeugnisse kann hieraus gegenüber jener Erwägung um so weniger entnommen werden, als das Gesetz auch bei der Auffassung dieser Erzeugnisse als Früchte nicht den Sinn hat, die Wahrung der Substanz als strenge Grenze festzuhalten. Zur Schonung der Substanz ist nur erforderlich, dass die Behandlung der sonstigen Ausbeute als Frucht davon abhängig gemacht wird, dass dieselbe zur bestimmungsmässigen Nutzung der Sache gehört. Dagegen ist hier ebensowenig wie bei den organischen Erzeugnissen die wirthschaftliche Benutzung der Sache als Voraussetzung am Platze.“ (Mot. B. III S. 68. 69).

Gegen den Abschnitt 1 des § 792 richten wir folgende Einwände:

D. Was die Hereinziehung des naturwissenschaftlichen Begriffes: organische Erzeugnisse anbetrifft, so verweisen wir auf das oben im § 1 Ausgeführte. Einen besonders schlechten Eindruck macht die Thatsache, dass dieser dem Civilrecht fremde Begriff noch dazu im verzerrten Zustande auftritt. Denn aus dem Wortlaut des § 792 sub 1 schöpft man den dringenden Verdacht, dass der Gesetzgeber das Getreide, die Bäume etc. für organische Erzeugnisse des Grundstückes hält. [1]) Uebrigens hat diese Bemerkung keine praktische Bedeutung. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der biologischen Begriffe hat eben für das Civilrecht keine Bedeutung. Wir haben den Einwand nur aus dem Grunde gemacht, weil auch die naturwissenschaftlich irrthümlichen Begriffe dem Zukunftsrecht nicht anstehen.

E. Alle „Erzeugnisse“ als solche sollen Früchte sein. Sogar

---

1) Vgl. dazu die Motive zum § 784: „von der natürlichen Auffassung ..., dass eine Pflanze ihre selbständige Existenz nicht schon dadurch, dass sie in den Boden gesteckt wird, sondern erst dadurch verliert, dass sie in dem Boden Wurzel fasst und hierdurch physiologisch mit demselben sich verbindet“ (!).

die in den üblichen gemeinrechtlichen Definitionen betonte Beschränkung auf die Erzeugnisse, welche die Sache ihrer Bestimmung gemäss hervorbringt, ist fallen gelassen. Dies erklären wir uns dadurch, dass der römisch-rechtlichen Doctrin die Sclavenkinder im Wege standen. Dem modernen Verfasser der Gesetze verderben dagegen diese widerspenstigen Gegenstände die Freude an der hübschen Theorie der organischen Erzeugnisse nicht. Man sieht sogleich ein, welchen Nutzen die Civilisation bringt. Die Abschaffung der Sclaverei hat unsere Constructionen und Definitionen vereinfacht, was für uns, Juristen, die Hauptsache ist. Jetzt also, Dank der Abschaffung der Sclaverei, geniessen wir die Theorie der organischen Erzeugnisse in vollem Umfange. Nur befürchten wir, dass die Laien, für welche das Gesetzbuch geschrieben sein sollte, nicht verstehen werden, warum der Gesetzgeber der organischen Abstammung eine so grosse Bedeutung zugeschrieben hat. Im social-wirthschaftlichen Leben richtet man sich, wie unsere ganze Untersuchung zu zeigen versucht hat, nicht nach der organischen Abstammung, sondern danach, ob eine Einnahme zum Einkommen oder zum Kapital gehört. In Folge dessen werden den juristisch ungebildeten Laien viele unerwartete Enttäuschungen begegnen, weil ihr Rechtsgefühl andere Wege geht, als das Gesetzbuch vorschreibt. Im Uebrigen verweisen wir auf die oben an verschiedenen Stellen der Schrift gelieferten kritischen Bemerkungen über den Begriff der org. Erzeugnisse.

F. Die Mineralien und Metalle sind natürlich nicht so echte und eigentliche Früchte, wie die organischen Erzeugnisse. Darum sind sie nur in beschränkter Weise zum Range der Früchte erhoben. Ihre Gewinnung muss nämlich zur bestimmungsmässigen Nutzung der Sache gehören. Was ist nun unter bestimmungsmässiger Nutzung zu verstehen? Prima facie, ohne die Geheimnisse der Theorie des Entwurfes zu kennen, könnte man glauben, dass unter bestimmungsmässiger Nutzung die Ausbeute des Kapitals nach den Regeln der ordentlichen Wirthschaft zu verstehen sei. Dann würde sich die Theorie des Entwurfes nur darin von den Anschauungen des gemeinen Lebens über die Einkünfte unterscheiden, dass ein guter Wirth nicht alle Einnahmen vom Kapital, welche aus guten Gründen erzielt werden, zum Einkommen rechnet. Wenn z. B. in der Nachbarschaft eine Fabrik gebaut wird, so dass der Gutsbesitzer mit grossem Vortheil den ganzen Vorrath an Sandstein, Granit etc., welcher sich in seinem Grundstück befindet, mit einmal in Bausch und Bogen der Baugesellschaft verkaufen kann, so betrachtet er den Erlös nicht als Einkommen, sondern als mit grossem Vortheil verwandeltes Kapital, obgleich er wirthschaftlich tadellos gehandelt hat. Jedenfalls würde die im obigen Sinne interpretirte Beschränkung der unorganischen Ausbeute als Früchte einen grossen Fortschritt im Verhältniss zur Regelung der organischen Erzeugnisse im § 792 bedeuten. Zwar gehören zu den Früchten auch die verwandelten Theile des Kapitals. Jedenfalls aber gehört die unvernünftige, werthzerstörende Ausbeute des Kapitals nicht zum Fruchtbezug. Wenn die Praxis nur das Gesetzbuch, nicht aber die Motive berücksichtigen wird, so wird sie gewiss den Begriff der bestimmungsmässigen Nutzung in diesem verhältnissmässig erträglichen Sinne interpretiren. Wir glauben aber daran nicht, dass für die zukünftige Praxis nur der Entwurf selbst, wenn er zum Gesetz wird, als ausschliessliche Grundlage der Entscheidungen gelten wird. Wir vermissen nämlich im Entwurf die kräftige, lebensvolle und präcise Ausdrucksweise, welche z. B. dem preussischen Landrecht eigen ist, und bei welcher das Gesetz selbst spricht, was es will. Im Gegentheil ist die Ausdrucksweise vieler Paragraphen im Entwurfe so abstract und leblos, dass ihr Sinn ohne die Motive ganz ungreifbar ist. Wir sind fest überzeugt, dass in der zukünftigen Praxis die Richter nothgedrungen ein doppeltes Spiel treiben werden. Auf der öffentlichen Bühne werden die Paragraphen des Gesetzbuches einzig und allein erscheinen und die Laien durch ihre unendlichen Verweisungen (vgl. oben S. 179 N. 2) bestricken und desorientiren. Hinter den Coulissen werden aber die grossen Bände der Motive wirken. Diese aber ergeben etwas ganz anderes, als der Laie dem Paragraphen entnehmen zu dürfen glaubte. Aus dem § 792 sub 1 werden die Laien gewiss die von uns oben gelieferte Interpretation der „bestimmungsmässigen Nutzung“ herauslesen. Die Richter aber, welche die Motive studiren werden, müssen ganz anders entscheiden. Denn darnach gehört auch die unwirthschaftliche Benutzung der Sache zur bestimmungsmässigen Nutzung derselben: „Dagegen ist hier ebensowenig wie bei den organischen Erzeugnissen die wirthschaftliche Benutzung der Sache als Voraussetzung des Fruchtbegriffes am Platze.“ Wir glauben, dass der Durchschnitts-Laie in einer solchen Zusammenstellung nicht ein feines Nüancenspiel, sondern einen für ihn unverständlichen Widerspruch erblicken wird. Auf die eingehende Kritik des aus den Motiven

sich ergebenden Sinnes der bestimmungsmässigen Nutzung glauben wir verzichten zu dürfen.

G. Der Abschnitt 2 des § 792 spricht von den Früchten eines Rechtes. Wir sind nicht ganz sicher, was unter den „Erträgen, welche das Recht bei bestimmungsmässiger Nutzung gewährt“ zu verstehen ist. Aus dem Wortlaut dieses Satzes scheint sich zu ergeben, dass man das Recht bestimmungsmässig benutzen muss. Wann benutzt man das Recht bestimmungsmässig und wann nicht? Uns scheint folgende Auslegung am nächsten zu liegen: Man benützt ein Recht bestimmungsmässig, wenn man bei der Durchführung seines Rechtes fremde Rechte nicht verletzt. Indessen ist es kaum zu glauben, dass das Gesetz diese Bedeutung im Sinne hat. Denn dann müssten wir demselben eine petitio principii und einen sehr falschen Satz zugleich zuschreiben. Eine petitio principii ist in dem Satz insofern enthalten, als er sich auf die Rechte, welche den Fruchtbezug zum Inhalte haben, bezieht. Man benützt nämlich sein Recht auf den Fruchtbezug dann bestimmungsmässig, wenn man eben die Früchte bezieht, ohne das Recht zu überschreiten und seine Pflichten zu verletzen. In Bezug auf den Niessbrauch z. B. lautet also der zu interpretirende Satz in vereinfachter Gestalt folgendermassen: Früchte des Niessbrauches sind Früchte. Eine schlimmere Bedeutung gewinnt der Satz, wenn wir an ein Recht denken, welches einen weiteren Inhalt hat als den Fruchtbezug, wenn der Berechtigte nicht nur Früchte, sondern auch gewisse Theile des Kapitals zu eigenem Nutzen verwerthen darf. Bestimmungsmässige Nutzung eines solchen Rechtes besteht im Gewinnen der Früchte plus Nichtfrüchte. Der Satz enthält dann eine perplexe Bestimmung, weil er besagt, dass zu den Früchten nicht nur Früchte, sondern auch Nichtfrüchte gehören. Wenn Jemand z. B. das Recht hat, die Früchte eines Grundstückes zu gewinnen und ein überflüssiges Gebäude abzutragen und Baumaterialien zu eigenem Nutzen zu verkaufen, so gehört der durch die Verwerthung der Materialien erzielte Ertrag nach dem kritisirten Satze auch zu den Früchten, weil er durch die bestimmungsmässige Ausnutzung des Rechtes gewonnen ist. Ebenso gehört darnach der Ertrag der Liquidation einer Erbschaft oder eines Handelsgeschäftes zu den Früchten eines Rechtes, wenn dieses Recht gerade jene Handlung zum Inhalt hatte. — Aus diesen Gründen ist die obige Interpretation unannehmbar. Wir glauben vielmehr, dass der Umfang des Fruchtbegriffes nach dem Abschnitt 2 derselbe ist, wie nach dem

Abschnitt 1. Wenn diese Annahme richtig ist, dann gehören z. B. zu den Früchten des Niessbrauches an einem Grundstücke „die organischen Erzeugnisse und diejenige sonstige Ausbeute aus demselben“ etc. Der Abschnitt 2 will also den theoretischen Satz betonen, dass z. B. das Getreide, welches der Niessbraucher von dem Niessbrauchsgrundstücke gewinnt, nicht als Frucht des Grundstückes, sondern als Frucht seines Rechtes, des Niessbrauches, zu betrachten ist. Ob diese Construction theoretisch correct ist, lassen wir dahingestellt. Nur scheinen uns derartige rein doctrinäre Sätze in einem bürgerlichen Gesetzbuche nicht am Platze zu sein. Die Wissenschaft braucht nicht durch das Gesetzbuch belehrt zu werden. Auf die Laien werden aber solche feine theoretische Constructionen nicht belehrend, sondern nur verwirrend wirken. — Was die Betonung anbetrifft, dass die zeitliche Beschränktheit des Rechtes den Fruchtbegriff nicht verändert, so ist der Satz gleichfalls überflüssig, weil ohne ausdrückliches entgegengesetztes Gesetz Niemand den Fruchtbegriff nach der Dauer des Rechtes beurtheilen würde. Die gesetzliche Begriffsbestimmung stellt ja diejenigen Merkmale der Frucht auf, welche zu berücksichtigen sind. Alles Uebrige ist also nicht zu berücksichtigen.

H. Der Abschnitt 3 bezieht sich auf die sogenannten juristischen Früchte (fructus civiles, vgl. Motive zum § 794). Der Ausdruck „die Erträge, welche die Sache oder das Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt,“ scheint uns zu unbestimmt zu sein. Wenn wir nämlich diesen Satz mit den im Abschnitt 2 aufgestellten Kriterien vergleichen, so entsteht sogleich der Zweifel, aus welchem Grunde nach § 792 sub 2 die Nutzung „bestimmungsmässig“ geschehen soll, nach § 792 sub 3 dagegen dieselbe nicht bestimmungsmässig zu sein braucht. Man kann ja die Sache „vermöge eines Rechtsverhältnisses“ auch bestimmungswidrig ausbeuten. Nur begeht man dann die bestimmungswidrigen Handlungen nicht selbst, sondern überlässt dieselben durch ein Rechtsgeschäft einem andern zur Ausführung. Zwischen dem Abschnitt 3 und den Abschnitten 1 und 2 scheint uns deshalb ein praktischer Widerspruch zu bestehen. Auch die theoretische Correctheit, auf welche der § 792 so viel Gewicht zu legen scheint, ist u. E. nicht erreicht. Wenn der Abschnitt 2 die gewonnenen Bodenbestandtheile beim Niessbrauch nicht als Früchte des Grundstückes, sondern als Früchte des Niessbrauches qualificirt, so ist in Bezug auf diese Bodenbestandtheile u. dgl. zu sagen, dass sie dem Niessbraucher durch die

Sache gleichfalls vermöge eines Rechtsverhältnisses (des Niessbrauches) gewährt werden. Die Früchte eines Rechtes an der Sache sind ja die Früchte, welche Jemand von der Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewinnt. Der theoretische Unterschied zwischen den Früchten des Abschnittes 3 und denjenigen des Abschnittes 2 ist also jedenfalls nicht correct ausgedrückt.

Ueber den ganzen § 792 ist noch Folgendes zu bemerken:

1. Die drei Abschnitte desselben enthalten kein Princip, welches das Wesen aller Früchte (des Gattungsbegriffes) bestimmte, welches allen Früchten gemeinsam wäre. Der § 792 enthält vielmehr nur eine Casuistik. Schon aus diesem Grunde ist er nicht würdig, im Zukunftsrecht zu figuriren. Ein solcher Begriff ist nämlich nicht entwickelungsfähig.

2. Bei der Aufzählung von verschiedenen Kategorien der Früchte werden in jedem Abschnitt verschiedene Kriterien aufgestellt. Solcher Kriterien giebt es im Entwurfe vier: a) nach dem Abschnitte 3 genügt es, dass der Ertrag vermöge eines Rechtsverhältnisses erzielt wird; b) nach dem Abschnitte 2 muss bestimmungsmässige Nutzung des Rechtes hinzukommen; c) nach dem Abschnitte 1 genügt bei den organischen Erzeugnissen eben ihre organische Abstammung; d) dagegen bei den unorganischen muss die bestimmungsmässige Nutzung der Sache hinzukommen. Der Grund, warum in einigen Fällen strengere, in anderen nicht so strenge Kriterien aufgestellt sind, ist für uns ein unlösbares Räthsel. Warum ist bei den organischen Erzeugnissen die bestimmungsmässige Nutzung nicht erforderlich, bei den unorganischen Producten erforderlich? Aus den Motiven erfahren wir zwar, dass die Beschränkung der organischen Erzeugnisse in ihrer eingeborenen Fruchtqualität auf die bestimmungsmässig gewonnenen nur den Begriff verdunkelt, weil sie sich auf andere Personen als den Eigenthümer bezieht. Der Zweck der unbeschränkten Anerkennung der organischen Erzeugnisse als Früchte scheint also darnach darin zu liegen, die theoretischen Zweifel zu beseitigen, welche in der Seele des Eigenthümers entstehen könnten. Dies ist für uns ganz unverständlich. Der Eigenthümer erwirbt ja alles, was er der eigenen Sache entnimmt. Wenn er aus dem Buch eine Seite reisst, so gehört ihm auch diese Seite. Sollen wir deshalb auch die ausgerissene Seite für Frucht erklären? Die genaue Bestimmung des Umfanges des Fruchtbegriffes ist nicht für den Eigenthümer, welcher seine Sache bewirthschaftet, von Wichtigkeit,

sondern namentlich für die Personen, welche von fremden Sachen Früchte erwerben. Jedenfalls ist aber die Frage nicht gelöst, warum bei den organischen Erzeugnissen das Erforderniss der bestimmungsmässigen Nutzung den Begriff verdunkelt, bei den unorganischen dagegen nicht.

3. Bei der Aufstellung der Kriterien werden solche Begriffe und Ausdrücke hereingezogen, welche selbst eine Definition erfordern. Die Begriffe der „bestimmungsmässigen Nutzung“ einer Sache oder eines Rechtes erfordern ihrerseits eine genaue Definition, weil sie sehr verschieden verstanden werden können. Dasselbe ist in Bezug auf das Wort „Ertrag“ zu sagen. Dieses Wort hat keineswegs eine streng bestimmte Bedeutung. In den Ausdrücken „Ertrag der Auction, des Ausverkaufes, der Liquidation einer Erbschaft“ bedeutet das Wort Ertrag die durch Verwandlung eines Kapitals in Geld erzielte Summe. Das Wort Ertrag wird auch im Sinne des wiederkehrenden Ertrages gebraucht. In diesem Falle bedeutet der Begriff Ertrag die objective Erscheinung, welche vom subjectiven Standpunkte als Einkommen einer Person von einem Kapital erscheinen kann. Der Ertrag des Grundstückes bildet nach diesem Wortgebrauch das Einkommen des X. von diesem Grundstück, wenn dieser X. sich in einem gewissen Verhältniss zum Grundstück und zu diesem Ertrag befindet. Der Entwurf scheint keine von den beiden angeführten Bedeutungen des Wortes „Ertrag“ zu meinen, sondern vielmehr etwas in der Mitte zwischen diesen Bedeutungen Liegendes. Darnach gehört die durch den Ausverkauf des Inventars erzielte Summe zum Ertrag nicht, wohl aber gehören dahin die Stämme eines im ganzen Umfange gefällten Forstes, welche jedenfalls niemals zum Einkommen des Gutsbesitzers von seinem Landgut gehören können. Das Wort Ertrag hat also im Entwurf eine eigenthümliche ungewöhnliche Bedeutung. Wie kann aber der Verfasser eines Gesetzes bei der gesetzlichen Definition auf unbestimmte oder in einem eigenthümlichen Sinne gebrauchte Begriffe verweisen? Dadurch macht er sich ja einer petitio principii schuldig. Dass die Verweisung des § 792 auf den Begriff Ertrag eine petitio principii enthält, ist klar, weil der Sinn des Wortes Ertrag in den Bestimmungen des § 792 nur diesen Bestimmungen selbst entnommen werden kann. Der Gesetzgeber sagt implicite: zu den Früchten gehört der Ertrag, unter dem Ertrag ist aber nicht dasjenige zu verstehen, was man gewöhnlich darunter versteht, sondern das, was ich dadurch ausdrücken will, namentlich was ich als Früchte betrachte.

Der ganze § 792 bildet ein logisches und praktisches Missgebilde, ein in allen Beziehungen misslungenes Product der gesetzgeberischen Kunst. Er ist ein Fleck, welcher, wenn er nicht beseitigt wird, das ganze Gesetzbuch verunstalten wird; denn der Fruchtbegriff ist für alle Institute von entscheidender Wichtigkeit. Möge unser Warnungsruf noch gehört werden!

§ 21. β. Reineinkommen vom Kapital.

Der Begriff des reinen Einkommens ist bei der Abfassung des Entwurfes vergessen worden. Dass dies eine grosse Lücke in dem Gesetzbuch bedeutet, braucht hier nicht besonders ausgeführt zu werden. Ueber die Ursache, warum eine solche Lücke entstanden ist, geben uns die Motive zum § 792 eine genügende Aufklärung. Dort heisst es nämlich:

„Um für die zahlreichen Vorschriften, welche den Fruchtbegriff zur Voraussetzung haben, eine sichere und feste Grundlage zu gewinnen, bedarf es eines Ausspruches in dem bürgerlichen Gesetzbuche darüber, was unter Früchten zu verstehen ist, wenn das Gesetz von solchen redet. Der Entwurf bestimmt deshalb in dem § 792 den Begriff der Frucht nach dessen verschiedenen Richtungen, indem er davon ausgeht, dass diese Bestimmung nicht blos für die Fälle, in welchen das Recht zur Beziehung der Früchte einem Anderen als demjenigen zusteht, dem der fruchttragende Gegenstand gehört, sondern auch für die Fälle massgebend ist, in welchen die Früchte herauszugeben oder zu ersetzen sind. Der Begriff ist immer der nämliche...“

Wenn man nun diese Ansicht in der Praxis durchzuführen versuchte, würde man zu ganz absurden Ergebnissen gelangen. Dies brauchen wir nicht nachzuweisen; jeder Paragraph des dritten Theiles unserer Schrift enthält die Ausführungen über die wesentlichen Gegensätze zwischen den beiden Fruchtbegriffen im römischen Recht und zugleich den Nachweis, dass alle diese Gegensätze der Natur der Sache und den praktischen Bedürfnissen des socialwirthschaftlichen Lebens vollständig entsprechen. Die Praxis wird selbstverständlich andere Wege gehen, als ihr der Gesetzgeber aus Versehen vorgezeichnet hat. Die zahlreichen Verweisungen im Gesetzbuch auf den § 792 in den Fällen, wo es sich um Einkommensersatz handelt, werden die Richter dahin auslegen, dass der § 792 nur den Begriff des Einkommens in natura und in

brutto enthalte, und dass man bei der Entwickelung des Begriffes des in Geld geschätzten Reineinkommens den § 792 nur in jenem Sinne zu berücksichtigen habe. Der § 792 wird also für den Richter nur die gesetzliche Vorschrift enthalten, was er zu den zu schätzenden Activa des Reineinkommens hinzuzurechnen hat. Uebrigens ist es auch bei dieser Auslegung kaum möglich, den Willen des Gesetzgebers zu befolgen. Ausser den von uns oben in den §§ 12, 13 hervorgehobenen Erwägungen ist noch zu berücksichtigen, dass nach dem § 792 auch das verwandelte Kapital (z. B. der ganze gefällte Forst) Frucht ist. Es wäre nun ganz unvernünftig, einen derartigen Gewinn nach den Regeln über die Früchte ersetzen zu lassen. Die Regeln über den Einkommensersatz, insbesondere die Zinsenfreiheit, wären hier keinesfalls am Platze. Und zwar ist dies auch in Bezug auf diejenigen Fälle zu behaupten, wo die Umwandlung des Kapitals nach den Regeln der vernünftigen Wirthschaft geschah. Nehmen wir also folgenden Fall: der malae fidei possessor hereditatis hat den ganzen Forst des erbschaftlichen Landgutes für 100000 mit einem Male verkauft, weil alle Bäume zum Fällen reif waren oder sogar zu alt zu werden drohten. Wenn wir nun den gefällten Forst zu den Früchten rechnen, so müssen wir die Zinsenfreiheit des Besitzers in Bezug auf die erzielte Summe anerkennen. Ist dies sachgemäss? Warum bezahlt er die Zinsen, wenn er ein altes Gebäude abbricht und die Materialien verkauft, nicht aber, wenn er einen alten Forst oder einen Vorrath an Steinen u. dgl. mit einem Male verkauft? Ueber den Grund, warum die Einkünfte von den Einkünften nicht prästirt werden, werden wir in der Lehre vom Fruchtersatz zu sprechen haben. Wir glauben aber jedenfalls schon hier behaupten zu können, dass die Erstreckung dieser Vorschrift auf die verwandelten Kapitalstücke keinen Grund für sich hat. Es ist zu hoffen, dass die Richter auch in dieser Beziehung den § 792 durch constante Nichtbefolgung unschädlich machen werden.

Was die Schätzung und den Abzug der Passiva anbetrifft, so wird die vernünftige Praxis den Grundsatz entwickeln, dass der Abzug eine allgemeine Regel für alle Fruchtprästationsfälle bilde.[1] Nur eine Hemmung der Entwickelung eines gesunden Gewohnheitsrechtes kann durch die Bestimmungen des Entwurfes über die

1) In einem besonderen Falle, nämlich bei der Anrechnung der nicht herauszugebenden Früchte gegen die Verwendungen des Besitzers, spricht der Entwurf vom „Reinertrag der Nutzungen“ § (936).

Kapitalverwendungen geschehen. Der Entwurf stellt nämlich besondere Regeln über den Ersatz der „Verwendungen auf die Sache“ oder auf den geschuldeten „Gegenstand“ auf. Da die Ausbesserung der Gebäude, der Zäune u. dgl. offenbar eine Verwendung „auf die Sache“ ist, so können solche Kosten nicht auf die Minderung der Früchte bezogen werden. Im corpus iuris hat die im spätclassischen praktischen Recht vollständig überwundene theoretische Eintheilung der Verwendungen in die impensae in rem und in fructus keine schädliche Bedeutung, weil dort neben den schlechten doctrinären Formeln Beispiele von richtigen praktischen Entscheidungen enthalten sind. Es ist aber kaum wünschenswerth, dass das Corpus Juris neben dem Entwurf und seinen Motiven noch als eine dritte Rechtsquelle hinter den Coulissen wirke. — Der Entwickelung einer richtigen Praxis stehen auch verschiedene einzelne Bestimmungen des Entwurfes im Wege. Aus diesen Bestimmungen folgt nämlich zweifellos, dass die Ausdrücke „Verwendungen auf die Sache, auf den geschuldeten Gegenstand“ nicht eine unbedachte Terminologie bilden, sondern in der That den Auffassungen des Gesetzgebers entsprechen. So z. B. aus den Regeln über den Niessbrauch erfahren wir Folgendes:

1. Die gewöhnlichen Reparaturen und Wiederherstellungen gehören zu den Verwendungen auf die Sache. Diese Verwendungen auf die Sache ist der Niessbraucher auf seine Kosten zu besorgen verpflichtet, darum kann er den Ersatz derselben vom Eigenthümer nicht fordern. Diese Sätze ergeben sich aus der Zusammenstellung der §§ 997, 998 mit dem § 1010. Dazu heisst es in den Motiven zum § 1010 (S. 524): „Gegen den Eigenthümer als solchen stehen dem Niessbraucher als Inhaber einer fremden Sache Ersatzansprüche nach Massgabe des § 936 Abs. 1, 3 und der §§ 937, 938, 941 zu . . . Materiell ist jedenfalls eine gleiche Beurtheilung der Verwendungsfrage berechtigt . . . , nur dass selbstverständlich dem Niessbraucher die kraft seines Rechtes gezogenen Nutzungen nicht vom Eigenthümer auf den zu ersetzenden Impensenbetrag in Anrechnung gebracht werden können (§ 936 Abs. 2) und dass der Niessbraucher nicht Verwendungen in Ansatz bringen kann, zu denen er verpflichtet war.“

Diese Worte bestätigen den auch sonst begründeten Schluss, dass z. B. im Verhältniss zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer die Kosten der Erhaltung der Sache nach den Grundsätzen des § 936 beurtheilt werden.

2. Diejenigen Verwendungen dagegen, welche sich in einem mehr sichtbaren Zusammenhange mit der Production befinden, z. B. die Kosten der Anpflanzung eines Waldes, gehören nicht zu den „Verwendungen auf die Sache“, sondern zu den Kosten der Hervorbringung der Früchte. Dieser Satz ist im § 1009 implicite, aber sehr klar ausgesprochen. Dies betonen auch die Motive zum § 1009. Dort wird nämlich der Ersatz der Productionskosten an den Niessbraucher, wenn er vor der Perception der Früchte das Grundstück herausgeben muss, durch die Billigkeitsrücksichten begründet, dann heisst es:

„Doch ist auch in dem letzteren Falle der bezeichneten Billigkeitsrücksicht nur in einem beschränkten Umfange Folge zu geben. Erstlich kann man dem Niessbraucher nicht einen Anspruch auf Productionskosten geben, wenn die mittels derselben zu erzielenden Früchte nach den Regeln einer guten Wirthschaft erst nach längerer Zeit zu trennen sein würden, wie z. B. der Holzbestand eines neu angepflanzten Waldes. Die Billigkeitsrücksicht geht nur so weit, dass ein ungünstiger Eintritt des Endes des Niessbrauches innerhalb des laufenden Wirthschaftsjahres für den Niessbraucher unschädlich gemacht wird; es ist deshalb nur auf diejenigen Früchte Rücksicht zu nehmen, welche ordnungsmässig innerhalb dieses Zeitraumes zu trennen sind. Ferner kann eine Erstattungspflicht nur insoweit zugelassen werden, als das Resultat der Verwendungen dem Eigenthümer zu Gute kommt.

Uebrigens sind Productionskosten ausser bei Erzeugnissen auch denkbar (!) bei der sonstigen Ausbeute des Grundstückes; es erscheint deshalb gerechtfertigt, von Früchten im Allgemeinen und nicht blos von Erzeugnissen zu reden.“

Der Lehre des Entwurfes über die Verwendungen liegt also dieselbe naive Anschauung zu Grunde, welche wir im § 11 bekämpft haben und nach welcher die Verwendungen nach ihrem anschaulichen Zusammenhang mit der Erhaltung oder Verbesserung der Sache oder Erzeugung der Früchte in Verwendungen auf die Früchte und Verwendungen auf die Sache selbst getheilt werden. Wir werden hier nicht wiederholen, wie wenig sachgemäss eine solche Classification ist. Wir möchten nur den Weg zeigen, welchen die zukünftige Interpretation, die Praxis und die Wissenschaft, einschlagen sollen, um sich von den aus der Zeit des alten römischen Rechts und der primitiven Cultur in den Entwurf recipirten Anschauungen zu befreien. Das beste Mittel dazu ist, zu

zeigen, dass der Wille des Gesetzgebers sich im Widerspruch mit sich selbst befindet, also unverbindlich ist. In der That führen die Ansichten des Entwurfs über die Eintheilung der Verwendungen nach ihrem anschaulichen körperlichen Zusammenhang mit dieser oder jener Thätigkeit des Wirthes dahin, dass im Gesetzbuch zahlreiche Antinomien vorhanden sind. Wir werden nur diejenigen hervorheben, welche eine allgemeine Bedeutung für das ganze Gesetzbuch haben.

1. Der Entwurf kennt den Begriff der nützlichen Verwendungen auf die Sache. Da über den Inhalt dieses Begriffes keine gesetzliche Bestimmung getroffen ist, so ist anzunehmen, dass das Gesetzbuch auf die bestehende Theorie und Praxis über diesen Gegenstand verweist. Nach der jetzt allgemein anerkannten Theorie sind die impensae utiles in rem diejenigen Verwendungen, welche den Ertrag der Sache erhöhen. Es sind also gerade diejenigen Verwendungen (z. B. die Anpflanzung eines Waldes, die Anlegung von Steinbrüchen etc.), auf deren Ersatz der Entwurf im § 1009 dem Niessbraucher kein Recht gewährt. Die Antinomie besteht also darin, dass der Entwurf, indem er mit dem Begriff der impensae utiles in rem operirt, dieselben zugleich als impensae in fructus behandelt.

2. Aus derselben concreten Anschauung über die Arten der Verwendungen entspringen die Antinomien im Gebiete der Lehre über die impensae in rem necessariae. Der § 621 z. B. verweist nicht auf den Begriff der nothwendigen Verwendungen, sondern formulirt die zu ersetzenden Kosten in anderer Weise aus folgendem Grunde:

„Nicht gerechtfertigt ist insbesondere die gegenständliche Beschränkung des Anspruches auf die auf die hinterlegte Sache selbst gemachten Verwendungen, wodurch Fälle ausgeschlossen werden, in welchen zweifellos eine Verwendung auf die hinterlegte Sache selbst nicht vorliegt, der Ersatzanspruch aber nothwendig anerkannt werden muss, z. B. wenn in Folge unvorhergesehener Ereignisse (etwa bei Wassers- oder Feuersgefahr) erhebliche Rettungskosten aufgewendet werden.“ (Motive zum § 621).

Die Theorie des Entwurfes über die Verwendungen auf die Sache geht also dahin, dass zu dieser Kategorie nur die Kosten derjenigen Handlungen gehören, welche im Körper der Sache selbst Veränderungen hervorbringen. Dass die consequente Durchführung dieser Ansicht zu absurden und den Absichten des Gesetzgebers

widersprechenden Ergebnissen führen würde, brauchen wir nicht besonders auszuführen. Wenn man der Theorie des Entwurfes folgte, so bekämen die Personen, welchen nach dem Entwurf nur die Verwendungen auf die Sache vergütet werden, den Ersatz der impensae voluptuariae in rem, nicht aber der Rettungskosten, der Kosten der nothwendigen Prozesse, Reisen etc. Die zukünftige Praxis und die Wissenschaft müssen also nothgedrungen die Anschauungen der Verfasser des Entwurfes über die Verwendungen als für sich unverbindlich erklären und ein sachgemässes Gewohnheitsrecht zu entwickeln suchen. — Im besten Falle, d. h. wenn die Praxis anstatt des Gegensatzes zwischen den Verwendungen auf die Sache selbst und auf ihre Früchte, den davon grundverschiedenen und allein sachgemässen Gegensatz zwischen den einmaligen und periodischen wirthschaftlichen Kosten[1] durchführt, wird dieses Gewohnheitsrecht ein Misstrauensvotum gegen die Fassung der bürgerlichen Gesetze enthalten. Den Laien aber, welche den im Entwurf gebrauchten Ausdrücken glauben werden, sind viele Enttäuschungen vorbehalten.

§ 22 γ. Persönliche Einkünfte.

Den Begriff des persönlichen Einkommens kennt der Entwurf als solchen, d. h. als einen allgemeinen Begriff, nicht. In Bezug auf die Errungenschaftsgemeinschaft heisst es im § 1412:

„Sondergut eines Ehegatten sind, ausser dem demselben bei dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft zustehenden Vermögen, die Gegenstände, welche während des Bestehens der Errungenschaftsgemeinschaft von dem Ehegatten durch Erbfolge oder durch Vermächtniss oder als Pflichttheil oder durch Schenkung erworben oder demselben zur Ausstattung gewährt oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht übertragen werden.“

1) Durch den Begriff der wiederkehrenden Verwendungen ist auch der Begriff des Entwurfes: „die Auslagen, welche der Gebrauch der Sache verursacht“, „Kosten der Benutzung“ zu ersetzen. Dies ist ein ganz unbestimmter Begriff. Wir konnten auch nicht feststellen, was der Gesetzgeber darunter versteht. Die Kosten der Benutzung werden im Entwurf den Kosten der Erhaltung der Sache, der Tragung der auf dem Gegenstande ruhenden Lasten, den Kosten der Verwaltung der Sache, den Kosten der Fütterung eines Thieres gegenübergestellt (vgl. §§ 766, 553). Was als Benutzungskosten zu verstehen ist, scheint uns ein unlösliches Räthsel zu sein.

Anstatt dieser casuistischen Aufzählung möchten wir das von uns oben im § 5 (vgl. § 18) aufgestellte Princip einzuführen vorschlagen. Ausser der theoretischen Correctheit würde sich davon folgender Nutzen ergeben:

1. Durch Casuistik kann man nicht alle social-wirtschaftlich gleichen, also auch gleiche Behandlung fordernden Fälle vorsehen. Ebenso wie der Entwurf hat schon Sabinus, wie wir gesehen haben, entschieden. Bei der analogen Ausdehnung seiner Entscheidungen entstanden aber gerade darum, weil Sabinus ausser der Casuistik nichts angegeben hat, Schwierigkeiten und Zweifel. Hier erinnern wir uns insbesondere an die Finderhälfte des Schatzes, welche social-wirthschaftlich ganz dieselbe Behandlung erfordert, wie die erbschaftlichen Gewinne und die Schenkung, und welche der Entwurf nicht vorgesehen hat. Dahin gehört auch der Lotteriegewinn. Diesen zum gemeinschaftlichen Gut hinzuzurechnen ist gleichfalls practisch nicht gerechtfertigt, weil er als glückliche Vergrösserung des Stammvermögens des Gewinnenden angesehen wird, nicht aber als Consumptionsfond. Der Zweck der Errungenschaftsgemeinschaft besteht eben darin, das Stammvermögen unangetastet zu erhalten. Wenn die Frau 50 000 in der Lotterie gewinnt, so entsteht die Gefahr, dass der Ehemann, falls er egoistisch oder leichtsinnig ist, die ganze Summe vergeudet. In dieser Weise kann Demoralisation und Hass im Familienleben entstehen. Die Frau kann dem Manne vorwerfen, dass er ihr Glück verschleudert habe, dass sie ohne die Ehe mit ihm jetzt reich geworden wäre, u. s. w. Die Hinzurechnung des Gewinnes zum gemeinsamen Consumptionsfond kann auch auf andere Weise die Familie demoralisiren. Da nämlich der Gewinn für keine der beiden Parteien ausschliesslich reservirt ist, so werden beide Ehegatten zur wirklichen Behandlung desselben als Consumptionsfondes geneigt sein. In Folge dessen kann eine Lebensführung über den Stand, eine zeitweise Declassirung der Familie entstehen. Wenn wir dagegen den Lotteriegewinn sachgemäss ebenso wie das Vermächtniss etc. behandeln, so werden die oben angedeuteten Gefahren nicht entstehen. Das Glück der Frau im Lotteriespiel kommt nach allgemeiner Anschauung und Rechtsempfindung namentlich ihr selbst zu Gute. Das Kapital vergrössert ihr Sondergut; nur die Einkünfte bilden den gemeinsamen Consumptionsfond. (Gegen letzteres ist selbstverständlich nichts einzuwenden). Das geordnete Familienleben wird nicht durch zeitweise Kapitalver-

schwendung erschüttert. — Der Schatz und der Lotteriegewinn erschöpfen natürlich nicht die Masse der durch den Entwurf nicht vorgesehenen persönlichen einmaligen Gewinne. Durch die Casuistik kann man eben nur diejenigen Fälle regeln, an welche man sich gerade erinnert. Das Leben aber bringt eine unübersehbare Fülle von verschiedenartigen Fällen und Combinationen. Auf alle einzelnen Fälle der einmaligen Vergrösserung des Stammvermögens lässt sich wörtlich dasjenige übertragen, was wir über den Lotteriegewinn gesagt haben.

2. Dass die Bedürfnisse des praktischen Lebens nur durch allgemeine Grundsätze, nicht aber durch Casuistik zweckmässig befriedigt werden können, veranschaulicht uns ein anderer Fehler in dem kritisirten Paragraphen des Entwurfes. Darnach bilden die Geschenke immer die Vergrösserung des Sondergutes, nicht aber den gemeinsamen Consumptionsfond der Ehegatten. Zur Zeit von Sabinus wäre dagegen freilich nichts einzuwenden gewesen. Wenn wir aber die moderne Umwandlung der Verhältnisse beobachten, so ist die Bestimmung entschieden zu verurtheilen. Wir besitzen zwar keine Statistik der Schenkungen; trotzdem glauben wir mit Sicherheit behaupten zu können, dass in 100 Fällen der modernen Schenkungen mindestens 99 derselben nicht das Kapital, sondern das Einkommen des Beschenkten vergrössern. Wenn wir nur die periodischen Gratificationen der Beamten und die Trinkgelder in Betracht ziehen, so spielt die Summe derjenigen Schenkungen, welche als Kapitalgewinne gelten, neben der Summe der angeführten Geschenke eine verschwindend geringe Rolle im socialen Leben. Ist es nun sachgemäss, die Schenkungen, welche ein Portier oder eine Kellnerin als Trinkgeld bekommen, oder die Weihnachtsgratifikationen der Beamten als Vergrösserung des Stammvermögens zu behandeln? Die Trinkgelder bilden bei vielen Leuten ihr ausschliessliches Einkommen, einen andern Consumptionsfond haben sie gar nicht. Die Anwendung des § 1412 des Entwurfes auf eine Familie, in welcher der Ehemann Portier und die Frau Kellnerin ist, wäre ja absolut unmöglich. Die Behandlung der Gratificationen der Beamten nach dem § 1412 wäre zwar durchführbar, aber keinesfalls angerathen. — Auch hier beseitigt die Einführung des allgemeinen Grundsatzes anstatt der Casuistik alle unerwünschten Folgen und undurchführbaren Consequenzen. Wenn wir nämlich nicht darauf sehen, ob der betreffende Gewinn

aus der Schenkung, oder aus irgend welchem andern Grunde geschieht, sondern lediglich darauf, ob der betreffende Gewinn seiner socialwirthschaftlichen Natur nach zu den wiederkehrenden oder einmaligen Gewinnen gehört, so werden die professionellen Gewinne aus den Schenkungen sachgemäss zum gemeinsamen Consumptionsfond gehören, die anderen nicht.

Anhang.

Impensae necessariae und utiles.

Das allgemeine Merkmal, welches die Kapitalverwendungen (impensae in rem) von den Einkommenverwendungen (impensae in fructus) unterscheidet, besteht darin, dass die ersteren ausserhalb der Einkommensperioden stehen, einmalige Ausgaben sind. Dadurch ist aber der Unterschied zwischen den einzelnen Arten der Kapitalverwendungen noch keineswegs angedeutet. Unsere Erörterung über die Einkommenverwendungen hat in dieser Beziehung bisher nur negative Ergebnisse gehabt, indem wir die üblichen Unterscheidungskriterien verworfen haben. Obgleich nun die Eintheilung der Kapitalverwendungen in die impensae necessariae, utiles, voluptuariae zur Lehre vom Kapital, also nicht zum Thema unserer Schrift gehört, müssen wir doch dieser Classification ein Paar Bemerkungen[1] widmen, theils damit die Lehre von den Einkommenverwendungen durch unsere negativen Ergebnisse nicht gefährdet werde, theils darum, weil wir noch in der Lehre von den Fruchtprästationen mit dem Gegensatze zwischen den impensae necessariae und utiles zu thun haben werden.

Die Schwierigkeiten entstehen hauptsächlich bei der Unterscheidung zwischen den impensae necessariae und utiles. Wenn wir die impensae necessariae als solche einmaligen Ausgaben definiren, welche zum Zweck der Erhaltung des Kapitals geschehen, die impensae utiles als solche einmaligen Ausgaben, welche die

1) Eine eingehende Untersuchung über die sehr wichtige, umfangreiche und schwierige Materie der Kapitalverwendungen hoffen wir in der Lehre vom Kapital zu liefern. Hier werden nur einige Hauptpunkte und zwar sehr summarisch behandelt werden. Insbesondere lassen wir bei Seite: a. den Begriff und die Behandlung der impensae voluptuariae, b. das ius tollendi auch in seiner Anwendung auf andere Verwendungen, c. die Behandlung der wiederkehrenden Verwendungen in dem Falle, wenn kein Einkommen vom Kapital gezogen wurde, d. den Ersatz der impensae in dem Falle, wenn die Sache verkäuflich ist.

Erhöhung des Ertrages oder des Werthes der Sache bezwecken, so erheben sich dagegen starke Zweifel.

Die meisten praktischen Beispiele der impensae necessariae in den Quellen entsprechen nicht der herrschenden Begriffsbestimmung der impensae necessariae, sondern gerade derjenigen der impensae utiles. Besonders auffallend ist der Widerspruch des praktischen römischen Rechtes mit der hergebrachten Theorie z. B. in folgenden Fällen:

a. Als impensae necessariae werden die Verwendungen behandelt, welche auf die Erbauung der wirthschaftlichen Gebäude für die Aufbewahrung oder Verarbeitung der Früchte oder sonstige Productionsbedürfnisse gemacht sind, z. B.:

sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum (l. 1 § 3 D. de imp. 25, 1);

si novam villam necessario exstruxit (l. 7 § 16 D. s. m. 24, 3).

Solche Gebäude darf auch der Niessbraucher aufstellen, obgleich ihm im allgemeinen das Bauen auf dem Niessbrauchsgrundstück nicht erlaubt ist:

sed nec aedificium quidem positurum (usufructuarium) in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit (l. 13 § 6 D. de usu. fr. 7, 1).

Diese Verwendungen fallen offenbar nicht unter die herrschende Definition der impensae necessariae. Sie erhalten die Sache nicht im ursprünglichen Zustande, sondern im Gegentheil verändern dieselbe. Wenn dem Niessbraucher die Vornahme solcher Neubauten nicht verboten ist, so ist dies eine billige und vernünftige Ausnahme von der Regel des frui salva rerum substantia. Jedenfalls verbleibt das Grundstück mit seinem Zubehör im ursprünglichen Zustande, wenn auch eine Mühle oder sonst ein aedificium ad fructum percipiendum nicht hinzugefügt wird.

Dagegen besitzen diese Verwendungen alle Merkmale, welche die herrschende Begriffsbestimmung von den impensae utiles fordert. Sie erhöhen den Werth der Sache und den Ertrag, welchen dieselbe zu gewähren im Stande ist.

b. Dasselbe ist von denjenigen impensae necessariae zu sagen, welche Veränderungen im Pflanzenbestand des Grundstückes herbeiführen, wie vites propagare, seminaria facere (l. 3 pr. de imp.).

Mehr entsprechen der üblichen Definition diejenigen Beispiele der impensae necessariae, welche sich auf die Bodenveränderungen beziehen, wie moles in mare vel flumen proiicere (l. 1 § 3 eod.), aggeres facere, flumina avertere (l. 14 eod.). Diese Anstalten werden unter Umständen zu dem Zwecke getroffen, um das Grundstück vor der Zerstörung durch Wassersfluth zu bewahren. Allein auf Grund der oben angeführten anderen Beispiele der nothwendigen Verwendungen können wir schliessen, dass diese Anstalten nicht nur dann als impensae necessariae zu betrachten sind, wenn sie die Integrität des Grundstückes zu erhalten bezwecken, sondern auch dann, wenn sie zwar für die Erhaltung des Kapitals entbehrlich, aber für die Fruchtgewinnung nothwendig sind. Das Austreten der Flüsse ist oft für die Erhaltung oder Besserung der Bodenqualität sehr nützlich (aggeres Niloticos, per quos incrementa Nili dispensantur et coercentur l. 10 D. de extr. crim. 47, 11; Hi, quos inundatio Nili fluminis reddidit ditiores l. 2 C. de adl. 7, 41), man regulirt aber den Fluss, namentlich um die nützliche Bewässerung zu erzielen, oder die für die stehenden Früchte gefährliche Ueberschwemmung auszuschliessen. Die Dämme können auch für den Fischfang, für die Mühlen etc. nothwendig sein.

Als vollkommen passende Illustration des hergebrachten Begriffes der impensae necessariae erscheinen vor der genaueren Analyse nur die Verwendungen auf die Reconstruction und gründliche Reparatur der alten und baufälligen Gebäude.[1] Allein es ist zu beachten, dass auch diese Verwendungen gewöhnlich nicht die Erhaltung des Kapitals im ursprünglichen Zustande, sondern namentlich eine gründliche Verbesserung desselben bewirken. Um das Gebäude im ursprünglichen Zustande zu erhalten, genügen oft die periodischen Theilreparaturen, welche gar nicht zu den Kapitalverwendungen, sondern zu den impensae in fructus gehören. Die Wiederherstellung oder der Umbau eines alten Gebäudes bezweckt viel mehr, als die Erhaltung des status quo. Das Kapital wird nicht erhalten, sondern zum besseren verändert, der Werth und der Ertrag desselben wird erhöht. Kurz, die Verwendung muss eigentlich als impensa utilis betrachtet werden. Zwar giebt es Fälle, wo der Umbau eines Gebäudes auch für die Erhaltung desselben nothwendig ist, z. B. bei einem aedificium ruens. Allein auch hier ist die Anwendung der üblichen Definition nicht ohne Schwierigkeiten, denn gerade in Bezug auf die refectio eines aedificium ruens erfahren wir aus den Quellen, dass dieselbe nicht immer als impensa necessaria gilt: l. 1 § 3 de imp.: si aedificium

1) l. 4. 14 D. de imp. 25, 1; l. 8 pr. de pign. act. 13, 7.

ruens quod habere mulieri utile erat refecerit. Wenn das Gebäude für die Production entbehrlich ist, z. B. eine alte Scheuer neben der vollständig genügenden neuen, so wird die Erhaltung derselben nicht als impensa necessaria behandelt. Der Sinn der impensae necessariae wurzelt auch bei der Verbesserung der baufälligen Gebäude nicht in der Erhaltung der Sachen, sondern in den Bedürfnissen der Production. Vgl. dazu die l. 32 § 5 D. de usu et usufr. leg. 33, 2:

Lucius Titius testamento suo Publio Maevio fundum Tusculanum reliquit eiusque fidei commisit, uti eiusdem fundi partem dimidiam usus fructus Titiae praestaret. Publius Maevius villam vetustate corruptam cogendis et conservandis fructibus necessariam aedificavit: quaero an sumptus etc.

Auch wenn die bekämpfte Theorie den praktischen Entscheidungen der Quellen entspräche, so müssten wir doch für das moderne gemeine Recht nach einer neuen Formulirung suchen, weil der moderne Richter oft über solche Verwendungen zu entscheiden hat, welche sich den obigen Kriterien überhaupt entziehen. Als Beispiele werden die sanitären Massnahmen und Anstalten, welche die Producenten oft einzuführen gezwungen werden, oder freiwillig einführen, wie die polizeilich für die Bierlocale vorgeschriebenen Spülvorrichtungen etc., genügen. Diese Anstalten dienen unmittelbar weder der Gewinnung grösserer Früchte, noch der Erhaltung des Kapitals. Auch die Ausgaben zum Zweck der Eroberung eines Marktes für die Producte der Wirthschaft, wie die Beschickung einer Ausstellung, die Gründung einer Factorei etc. müssen in der Classification ihren richtigen Platz finden.

Den praktischen Entscheidungen der römischen Juristen über die verschiedenen Fälle der impensae necessariae und utiles liegt u. E. ein allgemeines Princip zu Grunde, welches ebensowohl für das Verständniss der verschiedenen Behandlung dieser Verwendungen im römischen Recht, wie de lege ferenda ausserordentlich wichtig ist.

Um dieses Princip zu erkennen, müssen wir uns an die Erscheinung erinnern, auf welche wir an anderem Orte[1] für die Erklärung der günstigen Behandlung der bona fides entscheidendes Gewicht gelegt haben. Dort haben wir betont, dass die Wirthschaft ein systematisch und planmässig organisirtes Ganzes bildet.

1) Fruchtvertheilung S. 175 fg.

Sie ist keine einfache Summe zusammengebrachter Gegenstände, sondern ein Organismus, in welchem jeder Theil, jedes Organ seine bestimmte Function erfüllt. Der Zweck der Organisation ist die Production. Diese Function der Wirthschaft wird gestört, wenn im System ein Mangel besteht, ein Organ fehlt. In diesem Falle wird die ganze Wirthschaft in ihrer Wirkung desorganisirt, weil ohne einen nöthigen Gegenstand die anderen Theile ihre regelmässigen Functionen zu erfüllen nicht im Stande sind. So z. B. wenn auf einem Landgut ein Gebäude für das Vieh, für die Aufbewahrung und das Dreschen des Getreides fehlt, oder wenn diese Gebäude nicht zweckmässig eingerichtet, z. B. zu feucht sind, so kann dadurch in einem Jahre eine Mindereinnahme entstehen, welche vielfach den Werth des fehlenden Gebäudes oder der Reparatur des existirenden übersteigt. Jeder ordentliche Wirth, welcher eine mangelhaft eingerichtete Wirthschaft in seine Hände bekommt, sucht das für die Production Fehlende zu ergänzen, das Mangelhafte zu verbessern, den zu erwartenden Mängeln vorzubeugen, die überflüssigen und störenden Gegenstände zu beseitigen, kurz, die Wirthschaft zu einem gesunden und seine Function regelmässig erfüllenden Organismus zu machen. Die einmaligen Ausgaben an Kapital, welche diese ordnende Thätigkeit verursacht, heissen technisch impensae necessariae. Derjenige Wirth, welcher solche gründliche Verbesserungen nicht vornimmt, sondern nur die Masse der übernommenen Kapitalstücke in ihrem ursprünglichen Zustande und Zusammenhang erhält, ist ein unordentlicher Wirth.

Etwas anderes als die Beseitigung der vorhandenen oder Abwendung der erwarteten Mängel im wirthschaftlichen Organismus ist die Thätigkeit, welche auf die Erweiterung, Vergrösserung der Wirthschaft, des Unternehmens gerichtet ist. Dazu ist nicht die gewöhnliche Einsicht eines ordentlichen Paterfamilias, sondern ein Unternehmungsgeist, eine gewisse Kühnheit nothwendig, weil die Erweiterung des Unternehmens ein gewisses Risiko mit sich führt. Die Vergrösserung der Wirthschaft kann in verschiedener Weise geschehen. Man kann zu der bestehenden Art der Production eine ganz neue Art hinzufügen. Z. B. ein Landwirth baut auf seinem Grundstück eine Fabrik, eröffnet einen Bergwerksbetrieb, versucht den Weinbau, den Olivenbau einzuführen u. s. w. Zu einer Zuckerfabrik wird eine Raffinerie hinzugefügt. Oder man

kann die bestehende Art der Production quantitativ erweitern, z. B. durch Drainirung des Bodens für den Ackerbau eine neue Bodenfläche gewinnen, eine Sandstrecke in einen Wald verwandeln, die Weinkulturen vergrössern, ein städtisches Miethshaus durch Neubau erweitern. Man kann endlich die Wirthschaft qualitativ vergrössern, z. B. ein intensiveres System des Ackerbaues einführen, ein einfaches Hotel in ein mit grösserem Comfort ausgestattetes verwandeln u. s. w. In allen diesen Fällen unternimmt man ein neues negotium, welches neues Betriebskapital, grössere Kenntnisse oder Energie vom Wirthe erfordert. Die einmaligen Kosten der erfolgreichen Erweiterung der Wirthschaft über die bestehenden Grenzen hinaus heissen impensae utiles.

Dass die praktischen Quellenbeispiele der impensae necessariae und utiles diesem Gegensatze vollkommen entsprechen, ist leicht einzusehen. Die Wiederherstellung des alten Gebäudes ist nur insofern eine impensa necessaria, als das Gebäude eine bestimmte Function in der Wirthschaft spielt (oben S. 296). Zweifellos ist darnach nicht die Erhaltung, sondern der Abbruch und das Wegschaffen des baufälligen Gebäudes als impensa necessaria zu bezeichnen, wenn für die Zwecke der Wirthschaft eine genügende Anzahl der entsprechend eingerichteten Gebäude vorhanden ist, und das fragliche baufällige aedificium die Nutzung stört (vgl. l. 30 pr. D. loc. 19, 2). Ebenso ist es als eine impensa necessaria zu bezeichnen, wenn Jemand sonstige Reste des durch Zufall zerstörten Kapitals auf seine Kosten wegschafft, damit die Wirthschaft nicht leide (vgl. den Fall der l. 19 § 1 D. de usu fr. 7, 1). Die Errichtung der Dämme, der Baumschule u. dgl. sind nur insofern impensae necessariae, als diese Anstalten durch die Bedürfnisse der Wirthschaft der gegebenen Art und Ausdehnung erfordert werden. Insofern sie in grösserem Umfang, als es die bestehende Wirthschaft erfordert, vorgenommen werden, können sie als impensae utiles erscheinen. So heisst es in der l. 79 D. de V. S. 50, 16, dass die arbusti pastinatio „ultra quam necesse fuerat“ impensa utilis ist. Die Ausdrücke necesse, necessario etc. klingen wie ein leeres Wortspiel, wie eine Tautologie bei der Erläuterung des Ausdruckes impensa necessaria. Wenn wir aber die Anwendung dieser Ausdrücke bei praktischen Fällen betrachten, so bekommen sie einen vernünftigen Sinn, nämlich den Sinn des Bedürfnisses der gegebenen Wirthschaft. Necessarium ist das,

was dem Organismus fehlt, dessen Nichtvorhandensein die wirthschaftlichen Functionen stört. Ein neues Gebäude wird dann als impensa necessaria bezeichnet, wenn die Wirthschaft durch den Mangel desselben gestört wäre. Ein aedificium fructibus cogendis conservandisque necessarium bedeutet nichts anderes, als dass bisher ein solches Gebäude dem Landgut fehlte, sodass man dadurch bei der Production Verlust erlitt. Einen Zweifel könnte nur die Erwähnung des pistrinum als impensa necessaria erregen. Um dieses Beispiel in Einklang mit unserer Theorie zu bringen, müssen wir dasselbe nicht nach unseren, sondern eben nach römischen Wirthschaftsverhältnissen beurtheilen. In der römischen Volkswirthschaft war nämlich die Vertheilung der Arbeit viel weniger vorgeschritten als jetzt. Die Wirthschaft war wenig specialisirt; der Landwirth musste für seinen Bedarf viele Arten der Production betreiben, welche jetzt den Specialproducenten überlassen werden. Bei modernen Verhältnissen braucht der Landwirth keine eigene Mühle zu halten, um die nothwendige Quantität von Mehl zu haben. Die römischen Landwirthe mussten meistens selbst das Getreide mahlen, um nicht ohne Mehl für den Bedarf der Familie, der Sclaven und des Viehs zu bleiben. Die Erwähnung des pistrinum als impensa necessaria bedeutet also, dass die Mühle bei den Römern unter Umständen ein unentbehrliches Glied des landwirthschaftlichen Organismus war. Wenn der Bedarf an Mehl in anderer Weise ohne Störung der Wirthschaft befriedigt werden kann, so ist das pistrinum als impensa utilis zu betrachten (l. 79 D. de V. S. 50, 16).

Die regelmässigen Functionen der Wirthschaft können auch dadurch gestört oder gar gänzlich zum Stocken gebracht werden, dass der Wirth seine rechtlichen Pflichten gegenüber dem Staat oder Privatpersonen nicht erfüllt. Darum sind auch die einmaligen Kosten der Einführung der obrigkeitlich vorgeschriebenen sanitären Anstalten für die Arbeiter oder die Consumenten als impensae necessariae zu bezeichnen. Ebenso die Kosten des die Wirthschaft beschützenden Processes, die Befreiung des Grundstückes vom Pfandnexus (l. 65 D. de R. V. 6, 1). Für die Ordnung der Wirthschaft genügen die technisch-wirthschaftlichen Handlungen nicht, man muss sich auch den social-rechtlichen Verhältnissen anpassen. Ferner können wir aus dem Geiste der römischen Bestimmungen folgern, dass auch die einmaligen Kosten der Errichtung einer Factorei, der Be-

schickung einer Ausstellung und andere Kosten der Eroberung oder Erhaltung des Marktes für die Producte der Wirthschaft als impensae necessariae erscheinen können. Sie sind impensae necessariae, wenn ohne dieselben die Production des bestehenden Umfanges einen zu geringen Absatz für ihre Erzeugnisse hätte. Das Fehlen des Marktes stört die wirthschaftlichen Functionen nicht weniger, als der Mangel an einem Productionsfactor. Der genügende Markt ist auch ein unentbehrlicher Factor der Production.

Als impensae utiles werden in den Quellen folgende Verwendungen behandelt:

1. Einführung einer neuen Art der Production: utiles . . . veluti si (vir) vineta et oliveta fecerit (Ulp. fr. VI § 16); colonus . . . vineas instituit . . . an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit (l. 61 pr. D. loc. 19, 2); Errichtung eines Handels- oder Gewerbegeschäftes im Hause (l. 6 D. de imp. 25, 1); Anstalten zur Ausbeute der Mineralienreichthümer des Grundstückes (l. 18 D. de fundo dot. 23, 5; l. 13 § 5 D. de usu fr. 7, 1).

2. Erweiterung des Umfanges der bestehenden Art der Wirthschaft: arbusti pastinatio ultra quam necesse fuerat (l. 79 D. de V. S. 50, 16); saltum grandem . . . excoluisti sic, ut magni pretii faceres (l. 25 D. de pign. act. 13, 7); Vergrösserung der existirenden Gebäude (z. B. eines Miethshauses) oder die Aufstellung neuer Gebäude, wenn diese Verwendungen nicht zu den impensae necessariae gehören, d. h. wenn sie mehr als die Deckung eines wirthschaftlichen Mangels bedeuten: in area insulam aedificavit (l. 27 § 5 D. de R. V. 6, 1, l. 37 eod.).

3. Qualitative Vergrösserung des Unternehmens. Dahin haben die Römer die Anschaffung des Viehs zur Bedüngung des Grundstückes gerechnet: Utiles sunt veluti pecora praediis imponere, id est stercorare (l. 14 § 1 D. de imp.) Dies bedeutet, dass nach den Ansichten der Römer die Landwirthschaft ohne das Unterhalten des pecus ad stercorandum ordentlich betrieben werden konnte. Das trifft auch heutzutage an vielen Orten zu, wo für die Bedüngung das lebende Arbeitsinventar genügt. An andern Orten muss man speciell für die Bedüngung mehr Vieh haben, als für die andern Feldarbeiten nothwendig ist. Wenn man in einem solchen Falle die fehlende Viehheerde anschafft oder bei einem verwüsteten Grundstück einmalige Ausgaben für die künstliche

Düngung macht, so sind dies impensae necessariae. Die wiederkehrenden Kosten der Unterhaltung des schon existirenden Viehs gehören nota bene zu den Einkommenverwendungen. Ebenso die dauernden Kosten des Betriebs der Marmorbrüche (impensae in fructus) sind von den einmaligen Kosten der Anlegung derselben (impensae utiles) zu unterscheiden.

Zu derselben Kategorie der nützlichen Verwendungen gehörte auch das servos artificium docere (l. 6 de imp.; l. 79 D. de V. S.; l. 28—32 D. de R. V. 6, 1).[1]

---

1) Mit der Uebersicht der Quellenbeispiele von verschiedenen Arten der Verwendungen hat man sich in der Literatur sehr wenig beschäftigt. Dadurch erklärt sich zum Theil das lange Leben der falschen theoretischen Ansichten. Nur bei Sell (Ueber das Princip, auf welchem das Recht des beklagten Besitzers bei der rei vindicatio und Publiciana in rem actio beruht, seine Verwendungen auf die fremde Sache gegen den klagenden Eigenthümer geltend zu machen, in Sell's Jahrbüchern 3 S. 272 fg.) finden wir eine Sammlung von Beispielen der impensae necessariae und utiles durch die Anführung der entsprechenden Stellen und bei Leist (das ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, S. 20 fg.) einen mehr eingehenden und erschöpfenden Katalog der Quellenbeispiele. In beiden Verzeichnissen sind aber sehr zahlreiche und principielle Fehler untergelaufen. So gehört die Mehrzahl der Fälle, welche Leist als impensae necessariae oder utiles in seinen Verzeichnissen anführt, gar nicht dahin. Zu den impensae necessariae rechnet er z. B. „Ernährung der Sclaven und der Thiere" (S. 24 sub 7); „Ernährung von Personen, deren Alimentation dem Eigner der Güter obliegt" (sub 10); Auslage der auf ein Grundstück zu leistenden Lasten, zu deren Leistung auch der Eigenthümer gezwungen werden könnte (sub 12) und andere Verwendungen, welche meistens zu den Einkommensausgaben (impensae in fructus), nicht aber zu den impensae necessariae in rem im technischen Sinne gehören. Nur bei einem Beispiele der impensae necessariae macht er eine seiner Theorie und andern angeführten Beispielen widersprechende, aber richtige (obgleich nicht ganz präcise) Beschränkung: „Einrichtung zur gehörigen Bepflanzung und Besäung von Grundstücken, abgesehen von laufenden Culturkosten". Sonst rechnet er alles Mögliche in die Kategorie der impensae necessariae. Aus der l. 42 § 2 s. m. 24, 3 folgert er, dass die Ernährung der Frau, wenn eine dos versprochen ist, impensa necessaria ist. Indessen ist in der Stelle so klar wie möglich ausgesprochen, dass diese Verwendung mit den impensae necessariae nichts zu thun hat. Sie vermindert darnach nicht das Kapital der Dos, sondern wird nur als Grund angeführt, warum der Mann die versprochenen Zinsen der noch nicht geleisteten Summe fordern kann. Aus der l. 58 D. H. P. 5, 3 folgert er, dass „die Erfüllung von Ehrenpflichten für den Herrn der Güter, die man in Besitz hat", zu den impensae necessariae gehört. Die Ursache der Fehler liegt in den ungenügenden Kriterien, nach denen Leist (und Sell) unterscheiden, zu welcher Kategorie die Quellen eine Verwendung rechnen. Insbesondere ist es unrichtig, alle Verwendungen, welche bei der actio tutelae, mandati contraria etc. berücksichtigt werden, zu den impensae in rem necessariae zu rechnen. Bei diesen und ähnlichen Klagen werden auch die impensae in personam domini oder in ein negotium berücksichtigt. Alle Verwendungen, welche zur Ausführung eines Mandates nothwendig sind, werden in der actio mandati contraria berücksichtigt. Im Uebrigen kann aber die Verwendung in Bezug auf eine res als schädlich erscheinen. Wenn

Aus dem aufgestellten Begriffe der impensae necessariae und utiles ergeben sich unmittelbar folgende social-wirthschaftliche Theoreme, welche zum Verständniss des positiven Rechtes und de lege ferenda ausserordentlich wichtig sind:

1. Bei dem Uebergange der Wirthschaft aus der einen Hand in die andere bewirken die von dem Vorgänger gemachten impensae necessariae eine Erleichterung und Vereinfachung der Wirthschaft für den Nachfolger. Anstatt der mit rechtlichen oder wirthschaftlichen Mängeln behafteten Kapitalien bekommt er alles in ordentlichem Zustande. Wenn der Vorgänger einen störenden Mangel nicht beseitigt hätte, müsste er selbst dafür sorgen. Das Landgut mit allen nöthigen Gebäuden erfordert weniger Kapital, Energie und Kenntnisse zur Bewirthschaftung, als ein Landgut ohne das Nöthige für die Production.

Eine entgegengesetzte Wirkung für den Nachfolger haben im durchschnittlichen Falle die von dem Vorgänger gemachten impensae utiles. Die vergrösserte Wirthschaft erfordert von dem Nachfolger mehr Betriebskapital, mehr Fachkenntnisse und Energie als das Unternehmen im ursprünglichen Umfang. Wenn z. B. der Mann auf dem Dotalgrundstück eine Fabrik errichtet oder sonst ein Unternehmen einführt oder erweitert, so muss die Frau nach Rückgabe der Dos entsprechende Kenntnisse und genügendes Kapital haben, um das neue Unternehmen erfolgreich weiterzuführen. Wenn diese Bedingungen, z. B. das für den Betrieb der Fabrik nöthige Kapital, bei dem Nachfolger fehlen, so geräth die

---

Jemand den Auftrag erhält, die nothwendigen Gebäude auf dem Grundstücke des Geschäftsherren zu zerstören oder den Acker in einen Lustgarten zu verwandeln, so werden seine Verwendungen auf die Zerstörung als die durch den Auftrag gerechtfertigten Verwendungen ersetzt. Man kann nichtsdestoweniger die Zerstörung der nützlichen Gebäude nicht zum Beispiel der impensae necessariae in rem machen. Die Eintheilung der Verwendungen in die impensae in rem necessariae, utiles, voluptuariae und impensae in fructus bezieht sich nicht auf die persönlichen Verabredungen, Verhältnisse und Leistungen von zwei Personen, sondern auf die Bewirthschaftung einer Sache oder eines Vermögenscomplexes und die durch diesen Gegenstand verursachten Ausgaben. Ebenso unrichtig ist es, wenn Leist bei der Aufzählung der impensae utiles unterscheidet, ob der Verwendende in bona fide war, ob er den Willen des Herrn auszuführen glaubte u. s. w. (S. 28, 29 sub 4 und 6). — Zu den impensae utiles in rem rechnet er sogar eine den Verwendungen entgegengesetzte Erscheinung, nämlich den Gewinn durch die Sache, wie: „Den empfangenen Kaufpreis einer ungiltig veräusserten Sache, welche der Eigenthümer jetzt vindicirt, wenn derselbe dadurch bereichert wurde“ (S. 29 sub 7). Das Beispiel sub 3 ist so formulirt, dass es zu den impensae in fructus gerechnet werden muss. Das Beispiel sub 5 gehört zu den impensae necessariae, nicht aber zu den impensae utiles.

Wirthschaft in Schulden oder sonst in eine gefährliche Desorganisation.

2. Der Umfang der impensae necessariae ist durch den jeweiligen Zustand der Wirthschaft fest bestimmt und beschränkt. Hier handelt es sich nicht um die individuellen Ansichten und das individuelle Temperament des Wirthes, sondern darum, was der wirthschaftliche Organismus erfordert, um vollständig und gesund zu sein. Man kann nach dem Massstabe der diligentia cuiusque boni patris familias bestimmen, ob 100 oder 1000 an impensae necessariae erforderlich sind.

Einen entgegengesetzten Satz muss man in Bezug auf die impensae utiles anerkennen. Für diese giebt es keine objective Grenze im jeweiligen Zustand des wirthschaftlichen Organismus. Auf einem Grundstück kann man eine Fabrik errichten, deren Werth vielfach den Werth des Grundstückes selbst übersteigt. Wo die impensae necessariae 100 erfordern, kann man für die impensae utiles nach Willkür Tausende, ja Millionen ausgeben. Daraus entsteht eine neue Gefahr für den Nachfolger in der Wirthschaft, wenn er für die impensae utiles Ersatz zu leisten gezwungen wird. In vielen Fällen wird er dazu gar nicht im Stande sein; in andern Fällen wird er in Schulden gerathen. Wenn wir aber auch annehmen, dass er den Ersatz zu leisten im Stande ist, so wird ihm doch das Betriebskapital entzogen, dessen er eben in Folge der Erweiterung des Unternehmens in grösserem Umfange bedarf. Wenn das Civilrecht für irgend welches Rechtsverhältniss den Satz aufstellen würde, dass der Nachfolger die impensae utiles immer ersetzen muss, so könnte der Vorgänger, wenn er nur reich ist, nach Willkür, z. B. aus Hass, den Nachfolger gänzlich ruiniren oder expropriiren.

3. Die impensae necessariae erhöhen den Werth und den Nutzen des Kapitals ceteris paribus in einem verhältnissmässig viel höheren Grade, als die analogen impensae utiles. Dieser Satz folgt gleichfalls direct aus dem Begriff der beiden Arten von Verwendungen. Der Mangel an einem Organ oder die Krankheit desselben stört die Functionen der übrigen Factoren der Wirthschaft. Die Aufhebung des Mangels macht also die andern Theile der Wirthschaft viel fruchtbarer als bisher. Z. B. ohne die nöthigen Gebäude oder ohne Pflüge bringt das Landgut überhaupt keine Einkünfte. Die Kosten der Anschaffung von fehlenden Gegenständen können in wenigen Jahren durch den all-

gemeinen Nutzen von der nunmehr geordneten Wirthschaft vielfach gedeckt werden. Wenn die impensa necessaria die Entstehung eines Mangels verhütet, so ist ihr Umfang im Verhältniss zum Umfang des abgewendeten Schadens gewöhnlich gleichfalls sehr gering.

Die impensae utiles dagegen bringen durchschnittlich nur den gewöhnlichen mässigen Gewinn, welchen man durch Gründung eines neuen Unternehmens erzielen kann.

Aus diesen drei Sätzen ergeben sich folgende Resultate für die sociale Politik im Civilrecht:

1. Dasselbe muss die impensae necessariae soweit als möglich begünstigen, insbesondere demjenigen, welcher im betreffenden Rechtsverhältniss das fremde Kapital ordentlich zu bewirthschaften verpflichtet ist und die impensae necessariae macht, den vollen Ersatz der Kosten bei der Rückgabe des Kapitals garantiren. Die römischen Juristen haben diesen Grundsatz ganz entschieden durchgeführt:

itaque si fulserit (vir dotalem) insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur (l. 4 D. de imp. 25, 1).

Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere (l. 8 pr. D. de pign. act. 13, 7).[1]

Der Umfang des Ersatzes wird also auf die thatsächliche Bereicherung des Nachfolgers nicht beschränkt.

2. Dagegen ist der Ersatz der impensae utiles mit der grössten Vorsicht einzuführen, damit nicht daraus eine Desorganisation der Wirthschaft entstehe und der Nachfolger zum Opfer der Willkür und der Missbräuche des Vorgängers werde. Zunächst ist es sehr wichtig, ob der Verwendende davon weiss, dass er das Kapital einem anderen restituiren muss. Wenn er nämlich glaubt, dass das Kapital bei ihm dauernd verbleiben wird, wie z. B. ein bonae fidei possessor, so ist der Ersatz der impensae utiles viel mehr angerathen, als bei denjenigen Personen, welche den Uebergang

1) Vgl. l. 65 D. de R. V. 6, 1; l. 18 § 4 commod. 13, 6; l. 31 D. fam. erc. 10, 2.

des Kapitals in andere Hände erwarten (Pfandgläubiger, Fiduciar, Pächter, malae fidei possessor etc.)

Das Wissen hat hier nämlich eine doppelte Bedeutung:

a. Seitens des Nichtwissenden sind keine Missbräuche gegen den Nachfolger möglich. Er wird niemals die Verwendungen aus bösen Absichten machen. Wenn dagegen dem Wissenden der Ersatz der impensae utiles durch das Gesetz versprochen ist, so kann der Nachfolger zum Opfer des reichen und rücksichtslosen Vorgängers werden. Der Pfandgläubiger könnte z. B. seinen Schuldner durch Androhung von impensae utiles bedrücken und wucherisch ausbeuten.

b. Die grösste Bedeutung kommt aber dem Nichtwissen in einer anderen Beziehung zu. Man muss nämlich dem bonae fidei possessor darum die impensae utiles zu ersetzen suchen, weil das allgemeine Interesse der Volkswirthschaft unter dem Nichtersatz litte. Es kann in Folge der kaum vollständig zu vermeidenden Unvollkommenheit des Civilrechts jedem Wirth begegnen, dass er eine Sache bewirthschaftet, ohne zu wissen, dass sie ihm rechtlich nicht gehört. Wenn er nun seine Kapitalien in die Sache steckt und nachher keinen Ersatz bekommt, so ist er ohne Schuld in Nachtheil gerathen, zum Opfer der Mängel des Civilrechtes geworden. Das kann nicht zugelassen werden, weil dann eine unerträgliche Unsicherheit der Wirtschaft entstünde, welche erlahmend auf das Wohlergehen der Volkswirthschaft wirken würde. Die regelmässige Zerstörung einiger Vermögen und menschlicher Existenzen würde die zweite Folge bilden.[1]

Bei denjenigen Rechtsverhältnissen dagegen, wo der Vorgänger weiss, dass seine impensae utiles von einem andern werden ausgenützt werden, ist es nicht gefährlich, den Ersatz zu versagen. Wenn man weiss, dass man die Wirthschaft nicht für sich erweitert, dann kann man sich eben darnach richten. —

Sodann sind die impensae utiles, wo sie ersetzt werden, nur in dem Umfange zu vergüten, in welchem das neue Unternehmen sich als nützlich erwiesen hat, d. h. insofern die Verwendung den Werth des Kapitals erhöht hat. Wer neue Unternehmen plant, muss auch die Gefahr des Misserfolges übernehmen. Sonst wäre für die wirthschaftliche Fantasie keine Grenze gezogen. Auch dem Nichtwissenden gegenüber ist der Satz richtig, weil ihn durch die Entziehung des Kapitals

1) Vgl. Petražycki, Fruchtvertheilung S. 180 fg.

nur insofern ein unerwarteter und unverschuldeter Verlust trifft, als seine neue Anstalt zur Zeit der Entziehung noch von Werth ist.

Das römische Recht hat bekanntlich den letzen Grundsatz durchgeführt.[1] Was die Fälle der Erstattung von impensae utiles im römischen Recht anbetrifft, so ist der Ersatz gegenüber denjenigen, welche von ihrer Rechtslage, d. h. von der bevorstehenden Restitution des Kapitals nichts wissen, grundsätzlich anerkannt, gegenüber den wissenden grundsätzlich verneint. Gleichzeitig haben wir einzelne Entscheidungen, welche Ausnahmen von den beiden Grundsätzen bilden. Diese Erscheinung haben die römischen Juristen selbst erklärt, indem sie darauf hinweisen, dass die Lösung der wichtigen Frage über die impensae utiles durch absolute Regeln ausserordentlich schwierig sei. Man müsse eine solche Entscheidung zu finden versuchen, welche die entgegengesetzten Interessen und Rücksichten im concreten Falle möglichst practisch vereinigt. Wir haben hier keinen Raum, in die Einzelheiten einzugehen. Nur zur Veranschaulichung der ausgesprochenen Sätze werden wir einige Beispiele anführen:

1. Bekanntlich sprechen sehr zahlreiche Stellen den Ersatz der impensae utiles dem bonae fidei possessor sehr entschieden und allgemein zu, dem malae fidei possessor ebenso allgemein ab. Indessen haben wir zwei Entscheidungen, nach welchen auch die vom malae fidei possessor gemachten impensae utiles ersetzt werden können. So z. B. sagt Paulus in der l. 38 D. de H. P. 5, 3, dass der Ersatz der impensae utiles an den malae fidei possessor hereditatis im allgemeinen nicht nothwendig ist, weil der Nichtersatz für ihn keine wirthschaftliche Ueberraschung ist (de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit). Andererseits aber kann es vorkommen, dass die Verwendung auch dem Erben einen wahren Nutzen bringt (vgl. l. 38 D. de R. V.: finge et dominum eadem facturum fuisse). Die Billigkeit spricht dann für eine nachsichtige Behandlung des Besitzers (sed b e n i g n i u s est in huius quoque persona haberi rationem impensarum, non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere). Nach der l. 1 C. de inf. exp. 8, 51 werden die Kosten ad discendum artificium allen Besitzern eines partus expositus (ausser den Dieben) ersetzt.

Ebenso werden in einzelnen Fällen Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatze des Ersatzes von impensae utiles an den bonae fidei

1) Vgl. übrigens l. 38 D. de H. P. 5, 3.

possessor gemacht, wenn z. B. der Eigenthümer nicht im Stande war, diese zu bezahlen (l. 27 § 5; l. 28. 29. 30 D. de R. V. 6, 1; l. 38 eod.: „finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat . . . bonus iudex varie ex personis causisque constituet . . .).

2. Dem Miether werden die impensae utiles nicht ersetzt:

Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat (l. 19 § 4 D. loc. 19, 2).

Ebenso folgt aus der l. 61 pr. eod., dass der Pächter sogar in dem Falle, wenn er wegen des Nutzens von seiner impensa utilis einen höheren Pachtzins zahlt (relocatio: vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat), doch keine actio conducti auf Ersatz der Verwendungen hat. Im Uebrigen wird er im Falle der Vertreibung und Verklagung wegen rückständigen Pachtzinses dadurch (ziemlich unjuristisch) geschützt, dass dem Verpächter die Forderung auf den erhöhten Pachtzins versagt wird, wenn er die Verwendung nicht ersetzt.

Anders entscheidet auch in Bezug auf die Pacht der nachsichtige Paulus (l. 55 § 1 eod.). Er giebt dem Pächter den Ersatz für die impensae utiles ebenso, wie dem malae fidei possessor hereditatis. Dass in dieser Entscheidung kein allgemeiner römischer Grundsatz ausgedrückt ist, folgt noch aus der l. 9 § 1 D. eod., wo die übereinstimmende Meinung von Ulpianus, Marcellus und den Imperatoren Antoninus und Severus referirt ist. Dort handelt es sich um den Fall, dass ein Niessbraucher auf 5 Jahre das Grundstück verpachtet und der Pächter impensae utiles macht, welche er in 5 Jahren durch den erhöhten Gewinn zu decken hofft. Wenn nun der Niessbraucher vor dem Ablauf der Pachtfrist stirbt, so ist der Erbe nach allgemeinen römischen Grundsätzen an den Pachtkontrakt des Niessbrauchers nicht gebunden. Es entsteht aber die Frage, ob dem Pächter die Verwendungen zu ersetzen seien. Nach dem Sinn der Stelle ist zunächst zweifellos, dass der Pächter keinen Ersatz bekommt, wenn er die ganze verabredete Zeit das Grundstück ausnützt. Die ratio dubitandi gilt nur dem Falle, wenn der Pächter einen unerwarteten Verlust erleidet, wie

der bonae fidei possessor. Die Entscheidung lautet: Wenn der Pächter wusste, dass er von einem Niessbraucher das Grundstück in Pacht nahm, bekommt er keinen Ersatz, quia hoc evenire posse prospicere debuit. Er bekommt nur dann die impensae utiles ersetzt, wenn er wirklich nicht erwarten konnte, dass er für andere das Grundstück verbessern, selbst aber den Nutzen davon nicht haben werde (si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus).

3. In Bezug auf die vom Pfandgläubiger auf die Pfandsache gemachten Verwendungen wird in den meisten Stellen die Ersatzpflicht auf die impensae necessariae beschränkt (l. 7 § 1 C. de act. pign. 4, 24; l. 6 C. de pign. 8, 13; l. 29 D. fam. erc. 10, 2; l. 8 pr. D. de pign. act. 13, 7). Daneben wird in der l. 25 D. de pign. act. ein Vermittelungsversuch gemacht. Wenn nämlich der Gläubiger servos pigneratos artificiis instruxit, so wird der Ersatz zunächst in den Fällen gegeben, wenn die Verwendung auf Grund des Willens des Schuldners geschah. Diese Bestimmung interessirt uns nicht, weil durch den Willen der Contrahenten natürlich jede Ausgabe sanctionirt werden kann. Ferner geschieht immer der Ersatz, wenn die Sclaven schon halb unterrichtet waren. Diese Verwendung ist aber als eine impensa necessaria zu betrachten, ebenso wie die Bedachung eines Hauses. Der Verwendende unternimmt kein neues Geschäft, indem er die Halbbildung des Sclaven vollendet, sondern er ergänzt nur das Fehlende. Endlich werden dem Pfandgläubiger die Verwendungen bedingt (non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptus debitor) in dem Falle ersetzt, wenn das artificium necessarium fuit. Was ist unter dem artificium necessarium zu verstehen? Gewiss nicht dasjenige artificium, welches jeder Sclave kennen muss, um als eine Arbeitskraft brauchbar zu sein. Sonst müsste die Verwendung als impensa necessaria unbedingt ersetzt werden. Unter dem artificium necessarium ist gewiss eine solche Kunstfertigkeit zu verstehen, deren Lehre zwar objectiv keine impensa necessaria in rem bildet, im concreten Fall aber subjectiv für den Eigenthümer bei seinen Sclaven nach der Art seiner Wirthschaft besonders erwünscht war. Die Berücksichtigung der Verhältnisse des Nachfolgers folgt auch aus dem andern Beispiel derselben Stelle, bei welchem die impensa utilis keinen Ersatzanspruch begründet:

puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere

potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere.

Diese Worte sind ausserordentlich lehrreich. Hier ist klar geschildert, welche Folgen daraus entstünden, wenn man nicht nur in ausserordentlichen Ausnahmefällen, sondern allgemein die durch impensae utiles erzielte Wertherhöhung des Kapitals ersetzen müsste. Der Nachfolger hat kein Betriebskapital für die erweiterte Wirthschaft (nedum excolere potest); daraus der wirthschaftliche Schade, die Desorganisation. Ausserdem gewinnt der reiche Kapitalist eine bedenkliche Gewalt über sein Opfer (tibi paenuria coactum derelinquere).

4. Ganz vergeblich versucht man nachzuweisen, dass dem Niessbraucher Seitens des Proprietars die impensae utiles ersetzt werden.[1] Davon finden wir in den Quellen keine Spur. Im Gegentheil, sogar das ius tollendi ist dem Niessbraucher in Bezug auf die von ihm vorgenommenen nützlichen Anstalten versagt (l. 15 pr. D. de usu fr. 7, 1). In den Quellen wird nur die Frage erörtert, welche Meliorationen der Niessbraucher vornehmen darf. Der Proprietar kann gewisse Veränderungen nicht verbieten (vgl. z. B. l. 13 §§ 4. 5 D. eod.). Dass er aber die impensae utiles nicht nur dulden, sondern auch bezahlen müsste, sind wir keinesfalls berechtigt anzunehmen.[2]

5. Ebenso wenig kann man annehmen, dass der Ersatz der impensae utiles beim Depositum stattfindet. Dies widerspräche auch dem Zweck des Institutes und der Sorge des römischen Rechtes um die Erhaltung der Sache für den Deponenten (vgl. Mos. et rom. leg. coll. X, 2, 5).

6. Beim commodatum ist der Ersatz ausdrücklich auf die impensae necessariae beschränkt (l. 60 D. de furtis 47, 2; l. 18 § 2 D. commod. 13, 6).

7. Dasselbe gilt bei der actio Pauliana (l. 10 § 20 D. quae in fr. 42, 8).

8. Bei der actio communi dividundo und familiae erciscundae ist nur der Ersatz der impensae necessariae nachweisbar (natürlich kann das mandatum oder die negotiorum gestio bei diesen Verhältnissen vorkommen). Vgl. l. 25 § 15 D. fam. erc. 10, 2:

---

1) Vgl. z. B. Elvers, die römische Servitutenlehre S. 533 fg.
2) Das Gegentheil ergiebt sich auch aus der l. 9 § 1 D. loc. 19, 2.

Si unus ex coheredibus noxali iudicio servum hereditarium defenderit et litis aestimationem obtulerit, cum hoc expediret,[1] id pro parte hoc iudicio consequatur. idem est et si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitterentur. et omnino quae pro parte expediri non possunt si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae iudicio locus est.

Im Falle der bona fides, d. h. wenn der Verwendende von der Gemeinschaft nicht wusste, sondern sich für den allein Berechtigten hielt, werden natürlich auch die impensae utiles ersetzt (l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3).

9. Ebenso wenig ist der Ersatz der impensae utiles bei Vermächtnissen nachweisbar. Insbesondere folgt aus der l. 58 D. de leg. 30:

Domus hereditarias exustas et heredis nummis exstructas ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis et aedificiorum aetatibus examinatis respondi —

keinesfalls, dass auch die impensae utiles boni viri arbitratu geschätzt werden. Boni viri arbitratus deutet nur darauf hin, wie man bei der Schätzung vorgehen muss, nicht aber darauf, dass die Regel sich auch auf die willkürliche Vergrösserung der Wirthschaft seitens des Erben bezieht.

Aus der l. 23 § 3 D. ad sctum Treb. 36, 1 kann man keine Schlüsse ziehen, weil dort nicht gesagt wird, welche Verwendungen als gerechtfertigt erscheinen (sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias detrahet). Sonst ergäbe sich aus der Stelle zu viel, namentlich dass auch gänzlich nutzlose oder schädliche Verwendungen zu berechnen sind.

In der l. 20 § 2 eod. (Qui in distrahendis conservandisque rebus hereditariis sumptus factus est, imputari heredi debet) sind auch nur die impensae necessariae gemeint. Die Kosten des Verkaufs von störenden oder nutzlosen Sachen sind zu den impensae necessariae in hereditatem zu rechnen. Wenn der Erbe andere

1) Aus diesen Worten ist nicht zu schliessen, dass es sich nur um eine impensa utilis handelt. Wenn man einen nützlichen Sclaven für die Erbschaft durch einen Process erhält, so ist das eine impensa necessaria. Man unternimmt kein neues Geschäft, sondern man wendet nur einen Verlust ab. Ebenso ist in der l. 6 § 12 comm. div. 10, 3 von einer impensa necessaria die Rede.

Sachen, welche nützlich oder gar unentbehrlich waren, verkauft, wird er nur Schadensersatz zu leisten haben. Die l. 32 § 5 D. de usu et usu fr. 33, 2 (l. 50 D. de usufr. 7, 1) giebt den Ersatz nur für die impensae necessariae (si necessario . . . aedificasset).

10. Beachtenswerth ist auch die l. 16 D. de in diem add. 18, 2:

Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum. Imperator Severus rescripsit: „Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior condicio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emptor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri vel, si non sufficiat, solvi aequum est“. et credo sensisse principem de empti venditi actione.

Daraus ist zu schliessen, dass, wenn Jemand einen Gegenstand unter einer Bedingung bekommt, er nur dann bei der Rückgabe der Sache den Ersatz der Verwendungen fordern kann, wenn er nachweist, dass die Verwendungen nothwendig waren. Er soll sich bis zur Entscheidung der Bedingung der willkürlichen Belastung des Nachfolgers enthalten.

11. Bei den Dotalverhältnissen war die Behandlung der impensae utiles unter den Römischen Juristen bestritten:

Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem (l. 8 D. de imp. 25, 1).

Dass diese dem Ersatz ungünstige Meinung mit der Zeit zur herrschenden geworden ist, referirt die l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5, 13 (utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris). Justinian hat dem Manne wegen der impensae utiles, welche nicht nach dem Willen der Frau gemacht sind, die actio negotiorum gestorum gewährt (si utiliter res gesta sit eod.). Ob diese Reform nicht schädlich ist, werden wir hier nicht näher erörtern. Jedenfalls leuchtet soviel prima facie ein, dass der Gesichtspunkt der negotiorum gestio hier eine künstliche Construction bildet und mit der wirklichen negotiorum gestio kaum verwandt ist. Das negotium wird ja von dem Manne im eigenen Interesse ausgenutzt, weil die Früchte der impensae utiles bis zum Ende der Ehe ihm gehören.

12. Günstiger als bei anderen Rechtsverhältnissen scheint sich die Frage nach dem Ersatze der impensae utiles im klassischen

Rechte bei dem Kauf zu gestalten. Wir haben einerseits keine Stelle, welche gegen den Ersatz der impensae utiles klar spräche. Andererseits kann man aus der l. 13 § 22 D. de act. empti 19, 1 schliessen, dass der Verkäufer die Kosten ersetzt bekommt, wenn er sich bei der Verwendung nach dem wahrscheinlichen Willen des Käufers gerichtet hat.

Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nomine actionem. idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

Ausser den verzeichneten impensae necessariae werden also auch die Kosten der Belehrung des Sclaven nach dem muthmasslichen Willen des Käufers ersetzt.

Diese können unter Umständen als impensae utiles erscheinen. Uebrigens kann man aus der Stelle sehr wenig zu Gunsten des Ersatzes von impensae utiles gewinnen. Darnach werden diese nicht ersetzt, wenn sie zwar den Interessen, nicht aber dem muthmasslichen Willen des Käufers entsprechen (was zwei ganz verschiedene Dinge sind). Sie werden sogar dann nicht ersetzt, wenn sie zwar im Allgemeinen den Interessen und dem muthmasslichen Willen des Käufers entsprechen, dieser aber die Verwendung selbst besorgen wollte. Kurz, die günstige Entscheidung für die impensae utiles schmilzt wesentlich in die einfache Interpretation des quid actum est inter partes im concreten Falle zusammen. Das gleicht aber fast der gänzlichen Verneinung des Ersatzes de iure.[1]

Im Ganzen also, wenn wir von den zwei Entscheidungen des Paulus über den Ersatz der nützlichen Verwendungen an den malae fidei possessor hereditatis und den Pächter absehen (weil dieselben den zahlreichen andern Entscheidungen über die malae fidei possessio und locatio-conductio widersprechen), so ist zu sagen, dass die römischen Juristen grundsätzlich Gegner des Ersatzes von impensae utiles waren. Nur denjenigen ist Ersatz gesichert,

1) Vgl. noch ll. 30 § 1 D. de aed. ed. 21, 1; l. 1 § 5 D. de dot. coll. 37, 7.

welche wegen eines entschuldbaren Irrthums (bona fides) seine eigene Wirthschaft zu vergrössern glauben. Jedenfalls ist der Nachfolger in der Wirthschaft gegen die willkürliche wissentliche Belastung durch den Vorgänger sehr wirksam und entschieden gesichert.

Welche Lehre giebt das römische Recht für die moderne Gesetzgebung? Sprechen die modernen social-wirthschaftlichen Verhältnisse für die Milderung des Gegensatzes zwischen der Behandlung der impensae necessariae und utiles und des Wissens oder Nichtwissens oder für die Verschärfung? Uns scheint es zweifellos zu sein, dass diese Gegensätze in Rücksicht auf die modernen socialen Verhältnisse noch schärfer und wirksamer, als es durch die römischen Juristen geschah, durchgeführt werden müssen.

1. Die Gründe, welche in Rom für die Garantie des vollen Ersatzes der impensae necessariae sprachen, gewinnen bei der modernen Wirthschaft noch mehr an Gewicht. Ein Mangel im wirthschaftlichen Organismus, bei welchem die römische verhältnissmässig primitive und wenig intensive Wirthschaft mit Noth functioniren konnte, wirkt jetzt zerstörender auf die Production. Die Verhältnisse der starken Concurrenz und der Technik drohen der Production den Tod, wenn sie nicht nach allen Regeln der Kunst betrieben wird; wenn die wirthschaftliche Maschine nicht tadellos eingerichtet ist, so wird sie ganz untauglich. Die Unordnung, welche in Rom die Functionen des wirthschaftlichen Organismus nur störte, wirkt jetzt zerstörend. Je verwickelter und feiner der Organismus ist, desto gefährlicher wirkt jeder Mangel. Ebenso das allgemeine wirthschaftliche Wohl, wie das Interesse des Nachfolgers in der Wirthschaft, sprechen jetzt als ein absolutes Postulat aus: Unordnung in der Wirthschaft darf nicht geduldet werden. Dazu ist aber die Garantie des Ersatzes der nothwendigen Verwendungen unentbehrlich.

2. Dieselben Gründe sprechen gegen die Belastung des Nachfolgers durch die Einführung neuer Unternehmungen und die Vergrösserung der alten (impensae utiles). Der Mangel an dem, was für das Gedeihen des dem Nachfolger aufgebürdeten neuen Unternehmens nothwendig ist (Kenntnisse, Energie, Betriebskapital), zieht desto schlimmere Folgen nach sich, je feiner und specialisirter die Production ist. Bei den Römern gab es verhältnissmässig wenige Arten der Production, welche, von dem Pächter, Pfand-

gläubiger etc. eingeführt, nicht genügende Fachkenntnisse und Betriebskapital beim Eigenthümer vorfanden. Jetzt muss man für jede Art der Wirthschaft ein Specialist sein und ein verhältnissmässig grosses Betriebskapital haben.

Ebenso muss dem Gegensatz zwischen dem Wissen und dem Nichtwissen von der rechtlichen Lage bei den modernen socialen Verhältnissen eher eine grössere als eine geringere Bedeutung zugeschrieben werden.

Darüber, wie wichtig die Sicherung der Wirthschaft gegen Ueberraschungen durch unerwartete Verluste namentlich bei der intensiven Cultur und bei dem erschwerten Kampf um das Leben ist, brauchen wir kein Wort zu verlieren.

Andererseits kann kaum geleugnet werden, dass die Pflicht zum Ersatz der impensae utiles an denjenigen, welcher einen anderen wissentlich und willkürlich damit belasten kann, jetzt bei der Entwickelung des Grosskapitalismus viel grössere sociale Missstände herbeizuführen vermag, als in Rom. Die Pflicht zum Ersatz der impensae utiles bewirkt nämlich die Expropriation desjenigen, welcher nur über bescheidene Mittel verfügt, durch denjenigen, welcher Kapitalien für Speculation und neue Unternehmungen zur Verfügung hat.

Nur dann dürfen wir den Ersatz der impensae utiles garantiren, wenn wir den Druck des Grosskapitalismus erhöhen wollen, wenn wir die kleine Production künstlich beseitigen und den Grossbetrieb zu stärken helfen wollen. Wir glauben, dass kein moderner Gesetzgeber bewusst dazu hilfreiche Hand bieten möchte. Der Ersatz der impensae utiles würde aber nicht nur künstlich die natürliche Tendenz der Aufzehrung der kleinen Wirthschaften durch den Grossbetrieb stärken, sondern auch eigenartige sittliche Folgen herbeiführen. Wenn der reiche Kapitalist seinen Gegner (z. B. den Eigenthümer des verpfändeten oder verpachteten Grundstückes) durch die impensae utiles willkürlich zu expropriiren im Stande ist, dann ist durch das Civilrecht eine Sanction für den herzlosen und rücksichtslosen Egoismus gegeben. Noch schlimmer sind die kleineren Missbräuche, für welche durch Garantirung des Ersatzes von impensae utiles freies Feld künstlich geschaffen wird. Wird der Pfandschuldner, welcher als solcher über freie Kapitalien gewöhnlich nicht verfügt, nicht in alle zu reiner Ausbeutung führenden pacta einwilligen, wenn ihn der Gläubiger mit der Expropriation durch impensae utiles bedrohen kann?

Die Lehre über die Impensen im Entwurf bezeugt, dass man einerseits das römische Recht gründlich missverstanden, andererseits aber die zu erwartenden Folgen der projectirten Gesetze nicht erwogen hat. Man hat nur einfache und logische Constructionen geschaffen. Die Bedeutung des Gegensatzes zwischen den impensae necessariae und utiles und zwischen der wissentlichen Belastung der Gegenpartei und dem entschuldbaren Irrthume (bona fides) wird einfach ignorirt.

Wie aus den Motiven zum § 936 ersichtlich ist, hat man die verschiedene Behandlung des bonae fidei und des malae fidei possessor im römischen Recht für eine besondere Begünstigung der Redlichkeit und eine Bestrafung der Unredlichkeit gehalten. Der römische Satz, dass der bonae fidei possessor die impensae necessariae und utiles, der malae fidei possessor aber nur die impensae necessariae ersetzt bekommt, also die ganze Unterscheidung zwischen den impensae necessariae und utiles und zwischen bona und mala fides hat für den Verfasser der Gesetze über die Impensen keinen tieferen Sinn, als dass der malae fidei possessor durch die um eine Stufe strengere Behandlung der Impensen eine Privatstrafe für seine mala fides erleidet.[1] „Gegen dieselbe sprechen mithin alle Gründe, welche überhaupt die Bestimmung von Privatstrafen widerrathen.“ (S. 412 a. E.) Die römischen Unterscheidungen werden daher verworfen. Anstatt deren wird die einfache Construction durchgeführt, nach welcher der Nachfolger in der Wirthschaft ohne Unterschied der Verwendung und des Wissens oder Nichtwissens die ihm erwachsende Bereicherung aus dem Vermögen des Vorgängers demselben herausgeben muss. Dies ist die einfache logische Consequenz des schönen Satzes des Naturrechtes, nach welchem Niemand sich auf fremde Kosten bereichern darf. Die Impensen werden also nach den Grundsätzen der Bereicherungsklagen, der Kondiktionen behandelt. „Durch die Vorschriften des Entwurfes über die Kondiktionen ist somit für die Regelung des Verwendungsanspruches bei der Vindikation eine bestimmte Grundlage gegeben. Eine Abweichung von dieser Grundlage würde zu einer nicht gerechtfertigten ungleichartigen Behandlung gleichartiger Fälle führen“ (eod. S. 412).

---

1) Die obige Darstellung hat gezeigt, dass der „unredliche“ Besitzer gar nicht strenger behandelt wird, als andere Personen, welche von der bevorstehenden Restitution der Sache wissen. Vgl. dazu Fruchtvertheilung S. 165 fg.

Aus diesen Erwägungen ist die Bestimmung des § 936 entstanden:
„Der Besitzer oder der Inhaber kann wegen der Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat, von dem Eigenthümer insoweit Ersatz fordern, als der letztere in Folge der Wiedererlangung der Sache durch die Verwendung aus dem Vermögen des ersteren bereichert wird.“

Durch zahlreiche Verweisungen auf den § 936 wird dieser Satz auf verschiedene andere Rechtsverhältnisse ausgedehnt. Wir lassen bei Seite die Verweisungen der vierten, fünften etc. Potenz (vgl. ob. S. 179 N. 2) und heben nur die wichtigsten Fälle der mehr unmittelbaren Verweisungen hervor. Die wichtigste Anwendung der Regeln des § 936 enthalten § 244 (Rechtshängigkeit der Ansprüche), § 427 (Rücktritt vom Vertrage), § 387 (Wandelung in Folge der Mängel der gekauften Sache), § 718 (Delicte), §§ 741, 744, 745, 746, 747, 748 (Bereicherungsklagen), § 957 (Vorkaufsrecht), § 964 (Erbbaurecht), §§ 1010, 1017 (Niessbrauch), § 1155 (Pfandrecht), § 2085 (Erbschaftsanspruch).

Nach den Regeln des § 936 werden die impensae necessariae viel ungünstiger behandelt, als im römischen Recht. Nach diesem werden die gedachten Verwendungen beim Uebergang der Sache im vollen Umfange ersetzt, wenn sie auch im concreten Falle keine Bereicherung für den Nachfolger herbeiführen. Vom Standpunkt des Entwurfes, von welchem lediglich die Bereicherung wichtig ist, giebt es natürlich keinen Grund, den Eigenthümer die impensa necessaria im vollen Umfange ersetzen zu lassen, da z. B. das nothwendig erbaute oder reparirte Gebäude bei der Herausgabe des Grundstückes in Folge der Zeit an Werth verloren haben oder durch Feuer vernichtet sein kann. Es wäre unbillig, den Nachfolger d a s j e n i g e ersetzen zu lassen, um was er durch die Erlangung der Sache nicht bereichert wird. Warum soll der Eigenthümer einer Fabrik den vollen Werth der abgenützten oder unter neuen Verhältnissen billigeren Maschine bezahlen? So kann man sagen, wenn man lediglich an die Entscheidungen von Streitigkeiten, an die Behandlung der vollzogenen Thatsachen denkt. Allein die Gesetze sind nicht nur dazu da, um in den Fällen der Processe angewendet zu werden. Eine viel wichtigere Bedeutung eines Gesetzes liegt darin, dass es im Voraus gewissen schädlichen Erscheinungen vorbeugt oder die gewünschten Erscheinungen herbeiführt. Die Bedeutung des römischen Grundsatzes über den vollen Ersatz der impensae necessariae besteht gar nicht darin, dass die Richter in den Pro-

zessen über die vollzogenen Thatsachen billig entscheiden, sondern darin, dass diejenigen, welche die fremde Wirthschaft verwalten, keine Motive haben, sich einer Heilung der Mängel der fremden Wirthschaft zu enthalten. Auch die vorsichtigen oder furchtsamen Leute können ruhig ihr Geld auf die nothwendigen Verbesserungen der fremden Wirthschaft verwenden, weil ihnen das Recht verspricht, dass sie davon keinen Verlust haben werden. Der Entwurf enthält dagegen eine Warnung vor der Verwendung des eigenen Geldes auf die nothwendigen Bedürfnisse der verwalteten fremden Wirthschaft. Die ordnende Hand auf die fremde desorganisirte Wirthschaft zu legen ist ein Wagniss, ein Risico, von welchem viele Leute sich abgeschreckt fühlen werden. Aus dem Entwurf folgt ja, dass sie davon einen grösseren oder geringeren Verlust zu erwarten haben, insofern ihre Anstalten mit der Zeit abgenützt werden. Wenn ihre Anstalten durch Zufall gänzlich zerstört werden, so ist ihr Geld ganz verloren. Die Männer anständiger Gesinnung werden es für ihre Pflicht halten, trotz des geltenden Rechtes doch zu helfen, wo ihre Hilfe nöthig ist. In diesem Falle werden sie die Bestimmung des Rechtes als eine Strafe für ihre selbstvergessene Pflichttreue, für ihre lobenswerthe Unbesonnenheit empfinden.

In den Fällen, wo die Bestimmung des § 936 und die anderen Gesetze, welche diese Bestimmung auf andere Rechtsverhältnisse ausdehnen, den Inhaber oder den Besitzer des zu restituirenden Kapitals von den impensae necessariae abschrecken werden, wird ein absoluter Schade für die Volkswirthschaft entstehen, dessen Umfang vielfach die Kosten, um welche es sich handelte, übersteigen kann (oben S. 303). Gewiss wird der Nachfolger in einigen Fällen den Nutzen von der Bestimmung haben, insofern er weniger vergütet, als nach dem römischen Recht. Dem durchschnittlichen Nachfolger giebt aber der § 936 nur ein Danaer-Geschenk. Denn der Nachfolger hat im durchschnittlichen Falle ein viel grösseres Interesse daran, dass der Vorgänger die nothwendigen Verwendungen nicht vermeide, als an der Aussicht, dass diese Verwendungen im Falle seiner Nichtbereicherung nicht vergütet zu werden brauchen. Kein kluger pater familias würde für sein Gut einen Verwalter mit der Bedingung annehmen, dass dieser die nöthigen Verwendungen nicht ersetzt bekomme, wenn ihr Erfolg vereitelt werde. Wenn sich Jemand mit einer solchen anscheinend vortheilhaften Bedingung zum Verwalter anböte, so würde doch der

Gutsherr lieber den vollen und unbedingten Ersatz versprechen, als sich der Gefahr unterziehen, dass das für das Gedeihen der Wirthschaft Nöthige unbesorgt bleibe. Es giebt Gesetze, welche ungerecht sind, weil sie eine Partei zu Gunsten der andern schädigen. Die Lehre des Entwurfes über die impensae necessariae hat eine viel tiefer gehende schädliche Bedeutung, weil sie beide Parteien zugleich schädigt und den Volksreichthum zerstört.

Noch weiter in der ungünstigen Behandlung der nothwendigen Verwendungen als der § 936 et consortes geht der § 479. Dort wird nämlich im allgemeinen auf den § 936 verwiesen, jedoch mit folgender Ausnahme:

„Der Wiederkäufer ist jedoch wegen nothwendiger Verwendungen zu einer Ersatzleistung nicht verpflichtet."

Vergeblich sucht man in den Motiven nach der Erklärung des Grundes dieser kuriosen Bestimmung. Dort (S. 344) wird nur bemerkt, dass der Wiederverkäufer „sachgemäss" den Ersatz von impensae utiles und voluptuariae bekommt und dann heisst es:

„Wegen nothwendiger Verwendungen versagt der Entwurf dem Wiederverkäufer jeden Ersatzanspruch, weil solche von ihm praesumtiv in seinem eigenen Interesse gemacht werden und dem Wiederkäufer, welcher die Gefahr nicht trägt, auch nicht zur Last gelegt werden können."

Dass diese Erwägungen keinen gesetzgeberischen Grund enthalten, ist klar; dies sind nur juristische Constructionen, welche in den Motiven zu einem Gesetze ganz unpassend erscheinen. Aber auch als Constructionen spotten sie jeder Kritik. Zunächst kann man nicht ersehen, warum der Wiederverkäufer die nothwendigen Verwendungen präsumtiv in seinem Interesse, die impensae utiles und voluptuariae nicht in seinem Interesse macht. Das ist ja ein auffallender Widerspruch. Oder giebt es vielleicht solche Wiederverkäufer, welche bei der impensa necessaria an den bevorstehenden Wiederkauf nicht denken, bei den impensae utiles und voluptuariae sich dieses Umstandes aber erinnern? Wenn wir aber auch die perplexe Präsumtion annehmen, was folgt daraus? Giebt es denn einen Satz, nach welchem die Verwendungen, welche Jemand in seinem Interesse zu machen glaubt, ihm nicht ersetzt werden sollen? Einen solchen Satz hat sogar der Entwurf nicht angenommen; sonst würde der bonae fidei possessor gewiss keinen Ersatz für die Verwendungen bekommen. Denn dieser denkt wirklich (nicht

bloss „präsumtiv") nur an seine Interessen. Der Verfasser selbst hat mit dieser Construction sich nicht begnügt, sondern er versucht noch eine zweite. Dem Wiederkäufer sollen die impensae necessariae nicht zur Last gelegt werden, weil er die Gefahr nicht trägt. Auch diese Construction ist perplex. Denn in dem Falle, wo er die impensae utiles ersetzt, hat er auch die Gefahr nicht getragen. Wenn wir aber noch davon absehen, so erscheint uns die Logik der Construction doch recht zweifelhaft. Der Wiederkäufer soll nicht belastet werden, weil er sonstige Vortheile (Freiheit von der Gefahr) geniesst. Mit demselben Rechte würde man die Leute, welche vom Militairdienst frei sind, von den Steuern befreien. Lassen wir aber die Constructionen bei Seite, um zu sehen, welche social-wirthschaftlichen Folgen das Gesetz herbeiführt.

Die Unterstellung, dass der zum Wiederverkauf Verpflichtete die nothwendigen Verwendungen im eigenen Interesse mache, ist natürlich psychologisch falsch. Im Gegentheil gebieten ihm seine Interessen sich nach Möglichkeit der Ordnung des wiederzuverkaufenden Gutes zu enthalten, weil das zu diesem Zweck geopferte Geld ihm nicht ersetzt wird. Wenn er z. B. ein Landgut für 50000 mit der Bedingung des Wiederverkaufes binnen 2 Jahren gekauft und auf den Bau der fehlenden oder auf die Reconstruction der mangelhaften Gebäude 5000 ausgegeben hat, so hat er gegen seine Interessen gehandelt, weil die Summe für ihn verloren ist. Wenn einige Wiederverkäufer die Bestimmung des Entwurfes von den nothwendigen Verbesserungen nicht abschrecken wird, so sind dies Leute, welche entweder das Recht nicht kennen oder von so edler Gesinnung sind, dass sie aus altruistischen Motiven eigenes Geld opfern. Der durchschnittliche Wiederverkäufer wird die impensae necessariae zu vermeiden suchen. Der § 479 ist also gleichfalls ein höchst unpolitisches Gesetz, welches missliche social-wirthschaftliche Folgen herbeiführt. Zwar kann dieses Gesetz nicht so grossen Schaden anrichten, wie der § 936, welcher auf viele sehr verbreitete Rechtsverhältnisse angewendet wird, während der Wiederkauf eine verhältnissmässig seltene Erscheinung ist. Immerhin ist zu behaupten, dass der Verlust für die Volkswirthschaft aus dem § 479 in Anbetracht des intensiven Schadens, der von der Vermeidung der impensae necessariae droht, und in Anbetracht der vorauszusetzenden langjährigen Anwendung des zukünftigen Gesetzbuches kein geringer sein wird.

Was die Regelung der impensae utiles im Entwurfe anbetrifft,

so widerspricht sie noch mehr den Postulaten der civilrechtlichen Politik, als die eben bekämpften Grundsätze über die impensae necessariae. Wir glauben keinen grösseren Tadel über ein Gesetzbuch aussprechen zu können, als wenn wir sagen, dass dasselbe ein freies Feld für die Ausbeutung der Parteien durch eigennützige Gegenparteien schafft. Dies ist aber entschieden vom Entwurf zu behaupten. Wir haben gezeigt, dass die Art und Ausdehnung der impensae utiles im Gegensatz zu derjenigen der impensae necessariae völlig von der Willkür des Inhabers des Kapitals abhängt. Der Wiederverkäufer des Grundstückes z. B. kann, wenn er reich ist, solche Anstalten auf dem Grundstück errichten, für deren Ausnützung der Wiederkäufer keine Fachkenntnisse und kein Betriebskapital hat. Er kann auch nach Willkür die impensae utiles in solchem Betrage machen, dass der Wiederkäufer das Grundstück nicht zurückkaufen kann. Daraus ersieht man zunächst, dass durch die Bestimmungen des Entwurfes über die impensae utiles bei dem Wiederkauf (welche „sachgemäss“ ersetzt werden) der Zweck des Institutes vereitelt wird. Man schliesst ja den Contract des Wiederkaufes zu dem Zweck, um sein Gut nach erwarteter Verbesserung seiner Vermögensverhältnisse von dem Kapitalisten zurückzukaufen. Die Bestimmung des Entwurfes über die impensae utiles vereitelt diesen Zweck, weil der Kapitalist den Wiederkauf nach seiner Willkür unmöglich machen kann. Wörtlich dasselbe ist z. B. in Bezug auf den § 427 zu sagen, nach welchem die eigennützige Partei den Rücktritt vom Vertrage nach Willkür ausschliessen kann. Besonders klar tritt die Absurdität der Regeln des Entwurfes in den Fällen des § 718 hervor. Darnach müssen demjenigen, welcher einem andern die Sache durch Delict entzogen hat, die impensae utiles ersetzt werden. Ein böser Mensch kann also Jemanden seiner ökonomischen Gewalt unterwerfen, trotzdem dass sein Opfer mit ihm keine Contracte schliessen will. Wenn er durch ein Delikt, z. B. durch Drohung oder Betrug, den rechtmässigen Besitzer des Landgutes oder des städtischen Hauses um den Besitz gebracht hat, so kann er nach Belieben sein Opfer durch impensae utiles belasten und dessen bisheriges wirthschaftliches Gleichgewicht zerstören.

Aus der beschriebenen Gewalt desjenigen, welcher fremdes Kapital in Händen hat, über seine Gegenpartei ergeben sich auch viele andere social-wirthschaftliche Missstände, welche noch schlimmer sind, als die Möglichkeit der willkürlichen Expropriation an sich.

Insbesondere haben die eigennützigen Leute in den Bestimmungen des Entwurfes ein sicheres Mittel zu wucherischer Ausbeutung der Gegenpartei. Bei dem Verkauf mit dem Vorbehalt des Wiederkaufes z. B. gestalten sich die Verhältnisse gewöhnlich folgenderweise: Der Wiederkäufer befindet sich in bedrängter finanzieller Lage und ist zum Verkauf durch die Nothwendigkeit der Anschaffung einer Geldsumme gezwungen. Der Wiederverkäufer ist ein Kapitalist, welcher durch den Eigenthumserwerb an der Sache sich eine noch bessere Sicherheit als durch Pfandrecht verschafft. Mit andern Worten, es handelt sich gewöhnlich bei dem Wiederkauf um ein verstecktes Darlehn. Das Institut des Wiederkaufes hat denselben Zweck, wie die römische fiducia. Es ist nun klar, dass der Wiederverkäufer, welcher, wenn er will, den Wiederkauf thatsächlich vereiteln kann, anstatt die impensae utiles zu machen und dadurch die Sache endgiltig an sich zu bringen, das Blut seines Opfers allmählich, aber mit einem desto grösseren Gewinn aussaugen kann. Er wird dem Wiederkäufer nur mittheilen, dass er zwar auf dem Grundstück eine Fabrik oder eine Villa bauen möchte, dass er dies aber aus reiner Menschenliebe unterlassen wolle, wenn er dafür als eine bescheidene Entschädigung jährlich 15 % von der Kaufsumme bekomme. Nicht so klar ist die Möglichkeit der wucherischen Ausbeutung bei anderen Instituten. Allein es ist zu beachten, dass ein Creditverhältniss auch in den sonstigen Fällen eines Vorbehaltes des Rücktrittes vom Vertrage (§ 427) oft versteckt ist. Dieser Art sind die §§ 244, 718 und andere Paragraphen über die impensae utiles, welche sich nicht nothwendig auf Vertragsverhältnisse beziehen, aber darum eine Stütze zu wucherischer Ausbeutung schaffen, weil zwischen den Parteien andere Creditverhältnisse existiren oder von dem Besitzer der fremden Sache der Gegenpartei aufgezwungen werden können. Der Wucher kann auch ohne Creditverhältnisse getrieben werden.

Zur Kritik der Lehre des Entwurfes von den impensae utiles ist endlich zu beachten, dass dieselbe der allgemeinen Richtung der Socialpolitik der modernen Culturstaaten grundsätzlich widerspricht. Man sucht allgemein den Klein- und Mittelbetrieb zu erhalten, die Aufzehrung der kleinen Leute durch den Grosskapitalismus zu verhindern. Sogar die Vertreter des Grosskapitalismus bestreiten nicht, dass die natürliche Tendenz der Aufzehrung der

kleinen Wirthschaften durch die Grossproduction die grössten socialen Missstände verursacht. Was bedeutet aber die dargestellte exorbitante Begünstigung der impensae utiles durch den Entwurf? Darin liegt ja eine künstliche Hilfe zur Aufzehrung des Kleinbetriebes durch den Grossbetrieb, zur Expropriation des Vertreters einer bescheidenen Wirthschaft durch das mobile Kapital eines andern, welcher die ökonomische Macht besitzt, die Wirthschaft zu vergrössern.

Wir würden uns nicht wundern können, wenn die Römer oder die Gesetze des Mittelalters die impensae utiles bis zu einem gewissen Grade begünstigt hätten. Auch die ältere Nationalökonomie hat fast ausschliesslich darauf gesehen, dass soviel wie möglich producirt werde, als ob nicht der Volksreichthum für die Menschen, sondern diese für Erzeugung des Reichthums existirten. Die moderne Wissenschaft und der moderne Staat verstehen aber sehr wohl, dass nicht die Vergrösserung des ökonomischen Gewinnes, sondern die Vertheilung desselben die Hauptfrage ist. Freilich, wenn man mit der Erfindung der hübschen und einheitlichen Constructionen ausschliesslich beschäftigt ist, so hat man keine Zeit, darüber nachzudenken, ob die erfundene Construction nicht vielleicht dem Eigennutz und Egoismus eine gefährliche Waffe verleiht.

Statt der Bereicherungskonstruction wird im Entwurfe für einige Fälle der Gesichtspunkt der negotiorum gestio in Bezug auf den Ersatz der impensae utiles zur Geltung gebracht, dieselbe Construction, welche Justinian in Bezug auf die impensae utiles in dotem dem Manne gewährt hat. Wir können hier eine genauere Kritik der Anwendung dieser Construction auf die Verwendungen nicht liefern, weil dazu eine eigene Untersuchung über die negotiorum gestio gehören würde. Wir glauben jedenfalls, dass die klassische Jurisprudenz vollkommen Recht hatte, indem sie für den Ersatz der Verwendungen bei den Contractsverhältnissen selbständige Regeln geschaffen, nicht aber auf die negotiorum gestio verwiesen hat. Wenn man die impensae utiles des Miethers (§ 514 des Entwurfes) oder des Entleihers (§ 553) nach dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio beurtheilt, dann muss man mit der Verleihung und Vermiethung vorsichtig vorgehen, um einen unerwünschten negotiorum gestor, welcher zur „negotiorum gestio" immer Gelegenheit hat, da die Sache sich in seinen Händen befindet, nicht mit in den Kauf zu bekommen. Die Praxis wird die

impensae utiles, welche der Commodatar macht, ohne nachzufragen, ob dies erwünscht sei, gewiss selten als eine gerechtfertigte negotiorum gestio beurtheilen. Denn man giebt die Sache dem Commodatar zum Gebrauch, nicht aber zu dem Zwecke, dass er nach Willkür dieselbe verändere. Wenn dem Verleiher eine Verbesserung erwünscht wäre, würde er dies sagen. Es widerspricht dem Zwecke des Institutes, dem Entleiher zu erlauben, die Sache ungebeten zu verändern und noch eine entsprechende Rechnung darüber vorzulegen. Aber auch dann, wenn die Praxis die impensae utiles des Miethers oder des Commodatars als eine negotiorum gestio gegen den vermuthlichen Willen der Gegenpartei beurtheilen sollte, so ist doch die Anwendung der Grundsätze der negotiorum gestio nicht ohne missliche Folgen. Denn dann muss (nach § 758) die Construction der Bereicherung zwischen dem Vermiether oder dem Commodanten und ihren Gegenparteien angewendet werden.

Wir haben bisher gegen den Ersatz der impensae utiles polemisirt. Nach dem Entwurf werden aber die impensae voluptuariae (d. h. die wirthschaftlich nutzlosen Verwendungen) ebenso wie die impensae utiles ersetzt. Eine nähere Begründung für diese Abnormität haben wir in den Motiven nicht gefunden. Wir haben schon oben aus den Motiven gesehen, dass der Verfasser des Entwurfes in den Motiven zur Regelung der Verwendungen bei dem Wiederkauf versichert, dass der Ersatz der impensae utiles und voluptuariae im Gegensatz zu dem der impensae necessariae sachgemäss ist. Wir glauben unsere Meinung über eine solche sachgemässe Regelung unterdrücken zu sollen.

Nachwort.

Der Hauptzweck der von uns begonnenen Schrift über das Einkommen ebenso wie der über die Fruchtvertheilung besteht nicht sowohl in dem Nachweis einzelner Sätze im Gebiete des römischen Rechtes oder in der Kritik einzelner Institute des Entwurfes, als vielmehr in der Lieferung von Illustrationen und Gründen für folgende allgemeine Principien und Postulate:

1. Zur Ergänzung der Erkenntniss der positiven Rechte und zur erfolgreichen Entwickelung des Civilrechtes ist eine Wissenschaft nothwendig, welche durch die Bezeichnung Socialpolitik im Civilrecht, civilrechtliche Socialpolitik oder kürzer „Civilpolitik" charakterisirt werden kann.

2. Die Hauptbedeutung jedes positiven Civilrechtes besteht darin, dass dasselbe die Vertheilung des Volkseinkommens und damit der durch das Volk geschaffenen Güter zwischen den einzelnen Gruppen und Mitgliedern des Volkes bestimmt und im Einzelnen regelt. Der gegenwärtige Mechanismus der Gütervertheilung beruht auf dem Privateigenthum an dem Grund und Boden und anderen Werkzeugen der Production und auf dem Satze, dass der Eigenthümer des Kapitals auch das Einkommen, welches er davon zu erzielen im Stande ist, geniesst. Der Erwerb des Kapitals wie des Einkommens vollzieht sich nach den Regeln der freien Concurrenz (Vertragsfreiheit), welche durch die Vererblichkeit des Kapitals unter Privatpersonen sich ergänzt. Die Durchführung dieser Grundsätze (mit gewissen Modificationen im Einzelnen) wird durch ein complicirtes System der Rechtssätze geordnet, welche zusammen das sog. Vermögensrecht bilden.

3. Das Civilrecht regelt die wichtigsten Seiten des Menschen-

lebens. Es bildet das Fundament der Socialordnung, neben welchen andere Rechtsgebiete, z. B. die Verfassung des Staates, was ihre Bedeutung für das Menschenleben, für das Glück und Unglück der Menschen, anbelangt, in den Schatten treten. Die Ersetzung des Satzes: die Früchte des Kapitals gehören dem Kapitalberechtigten (ius soli) durch den Satz: die Früchte gehören demjenigen, welcher durch seine Arbeit das Kapital nutzbar macht (ius culturae et curae) — würde z. B. eine viel radicalere Veränderung des Sociallebens herbeiführen, als die Aenderung der Regierungsform, z. B. die Verwandlung einer Monarchie in eine Republik oder umgekehrt. Die Frage nach der Vertheilung des Einkommens ist die wichtigste der Socialfragen, so dass sie als die Socialfrage schlechthin bezeichnet wird. Die Frage, ob die geltenden Grundsätze der Einkommensvertheilung bestehen bleiben, ist die Frage des to be or not to be für die moderne Gesellschaft.

4. Daraus ersieht man die hohe Bedeutung der Civilpolitik, welche den Mechanismus der Socialordnung in einzelnen Sätzen und in ihrem Zusammenhang analysirt, die sociale Bedeutung und Wirkung der civilrechtlichen Begriffe, Institute und Sätze feststellt, die Kritik der Civilgesetze liefert, diejenigen Sätze, deren Wirkung auf das Socialleben schädlich ist, rügt und Postulate, deren Verwirklichung durch die Gesetzgebung von Nutzen wäre, aufstellt.

5. Andere Rechtsgebiete besitzen meistens schon seit langer Zeit entsprechende politische Wissenschaften, entsprechende „Politiken". Z. B. neben der Kunde der positiven Finanzrechte besteht und wird eifrig bearbeitet eine selbständige Wissenschaft, die Finanzpolitik. Man verfolgt die Bedeutung der Sätze des Finanzrechtes bis in ihre entferntesten Wirkungen auf das Menschenleben (wir erinnern z. B. an die Lehre von der Steuerabwälzung), man ergründet, in welchen Beziehungen ein Satz des Finanzrechtes die erwünschten, und in welchen Beziehungen derselbe die nicht erwünschten und schädlichen Folgen hervorruft. Man stellt ein allgemeines Programm auf, welches zeigt, welche Zwecke der Finanzgesetzgeber im Allgemeinen und im Einzelnen zu verfolgen, welcher Massregeln er sich zu enthalten hat. In dieser Weise hat die Finanzpolitik einen festen Boden für die Verbesserung und Entwickelung des Finanzrechtes geschaffen. Der Finanzgesetzgeber findet in der Finanzpolitik nicht nur die Schule, welche ihn zu der in seinem Gebiete erforderlichen Denkweise (Methode) erzieht, sondern

auch einen Wegweiser, der ihm zeigt, nach welchen Richtungen er sich bewegen kann und welcher Weg ein gefahrvoller Irrweg ist.

6. Wenn wir erwägen, welche hohe Bedeutung das Civilrecht für die Social-Statik und Dynamik hat, wie weittragend und complicirt die socialen Wirkungen der Civilgesetze sind, so erscheint es schwer erklärlich, warum die Juristen der vergangenen Jahrhunderte und der Neuzeit mit der Gründung der Civilpolitik, als einer selbständigen, systematischen und zielbewussten Wissenschaft gezögert haben. Wir lassen die Erklärung dieser Thatsache bei Seite. Ob das Material für die Civilpolitik zu fehlen schien, oder man die Bedeutung und das Interesse einer solchen Wissenschaft nicht würdigte, oder ob man zu sehr durch andere rechtswissenschaftliche Arbeiten, welche einen besonderen Reiz für den Intellekt der Gelehrten hatten, absorbirt war, ist gleich. Jetzt gilt es zu handeln, um die verhängnissvolle Unterlassung für die Zukunft gut zu machen.

7. Es wurde die grosse social-politische Aufgabe aufgestellt, ein neues System des Civilrechtes zu schaffen. Das neue Gesetzbuch sollte ein neues Recht bilden, welches dem modernen hohen Zustand der Cultur und deren Bestrebungen angepasst wäre, welches, entsprechend den Fortschritten im Gebiete des Sociallebens, der Wissenschaft, der Ethik und der Politik einen Fortschritt im Civilrecht bedeuten sollte. Um aber einen Schritt vorwärts zu machen, muss man wissen, nach welcher Richtung man schreiten muss. Sonst kann man anstatt vorwärts zu schreiten, sich rückwärts verirren. Man trat an die Kodification, ohne ein Programm, ohne ein System der zu verwirklichenden Postulate zu haben. Man fühlte instinctiv, dass das neue Leben durch das römische Recht nicht vollständig befriedigt werden kann. Wir behaupten, man fühlte es instinctiv, weil man in der Wirklichkeit nicht ergründet hat, in welcher für die Gesetzgebung entscheidenden Richtung das moderne Leben sich anders als das römische gestaltet hat; man hat keine leitenden Principien aufgestellt, durch welche die entsprechenden Grundsätze des römischen Rechtes ersetzt werden mussten. Es wurde befohlen, neue Wege zu betreten, man wusste aber nicht, wo sich diese Wege befinden und zu welchen Endzielen sie führen sollen. Man hat bei einzelnen Rechtsmaterien nach den neuen Wegen getappt, meistens nichts Neues geschaffen, sondern einfach das überlieferte Recht, wie man dasselbe verstand, und zwar hauptsächlich das römische Recht abgeschrieben, in anderen

Fragen ist man auf „neue“ Irrwege gerathen. Wir haben schon eine ganze Menge solcher Verirrungen des Entwurfes kennen gelernt. Die meisten enthalten so arge Verstösse gegen die Grundsätze der Civilpolitik, dass sie beim Bestehen einer solchen Wissenschaft ganz undenkbar wären.

8. Wenn wir nach der psychologischen Erklärung der Verirrungen des Entwurfes suchen, so bemerken wir, dass in der überwiegenden Anzahl von Fällen eine und dieselbe Ursache der Fehler wiederkehrt. Diese Ursache besteht in der grundfalschen Methode des Denkens de lege ferenda. Die Methode, welche bei der Abfassung des Entwurfes die Hauptrolle gespielt hat, können wir im Gegensatz zu der richtigen (politischen) Methode als richterlich-dogmatische bezeichnen. Der Unterschied zwischen der richterlich-dogmatischen und der politischen Methode besteht im Folgenden:

Der Richter und der Dogmatiker nimmt gewisse Thatsachen (species facti) als g e s c h e h e n an und sucht nach einer passenden Entscheidung darüber. Der Politiker erörtert die Möglichkeit der Thatsachen und sucht gewissen Thatsachen vorzubeugen, andere herbeizuführen. Die Rolle eines Dogmatikers oder eines Richters können wir mit der Aufgabe eines Wirthes vergleichen, bei welchem ein Brandunglück geschehen ist und welcher nunmehr die Wirthschaft von den Folgen des geschehenen Unglücks zu heilen hat. Den Politiker können wir mit demjenigen Wirth vergleichen, welcher die Massregeln in Betracht zieht, welche dem möglichen Feuer vorbeugen könnten. Beide haben eine praktische Aufgabe zu erfüllen, aber die Aufgabe ist verschieden. Möglichkeiten, welche ein Civilpolitiker in Betracht zieht, sind die nach Einführung eines gewissen Rechtssatzes zu erwartenden menschlichen Handlungen. Der Civilpolitiker, welcher den Werth eines aufzustellenden Rechtssatzes prüft, muss erwägen, welche Handlungen der Satz herbeiführt und welche er hindert. Prämissen für seine Schlüsse entnimmt er den ihm bekannten Eigenschaften des menschlichen Charakters (erfahrungsmässige Psychologie). Der erste und nothwendigste Satz, ohne welche die rationelle Civilpolitik unmöglich wäre, ist: die Handlungen (Willensakte) des Menschen ergeben sich aus den bei ihm vorwiegenden Motiven (psychologische Ursachen der Handlungen). Der Civilpolitiker muss also erwägen, welche Motive (Triebfedern zu welchen Handlungen) der von ihm analysirte Satz bei dem Menschen schafft. Wenn der Satz Motive zu den vom

socialen Standpunkt schädlichen Handlungen schafft, ist der Gesetzgeber davor zu warnen. Wenn der Satz erwünschte Handlungen herbeiführt, ist seine Einführung angerathen.

Um den Unterschied zwischen der politischen und der richterlich-dogmatischen Methode klar zu machen, werden wohl folgende Beispiele genügen:

a. Der Entwurf theilt im Falle des Ueberganges des Nutzungsrechtes von einer Person auf die andere nicht die natürlichen Früchte, wohl aber den Pachtzins und dgl. nach Massgabe der Dauer der Berechtigung (§ 794). 1. Gründe de lege ferenda vom dogmatisch richterlichen Standpunkt: Die Theilung der natürlichen Früchte, obgleich sie der Billigkeit entspräche, ist vom praktischen Standpunkt nicht angerathen: „Nach dem Entwurfe werden die Beziehungen zwischen den Betheiligten vereinfacht, die thatsächlichen Schwierigkeiten, welche mit einer Auseinandersetzung nach den Vorschriften des preuss. A. L. R. verbunden sind, vermieden und ein Anlass zu Prozessen nur selten sich bieten“ (Motive). Bei den Pachtzinsen stehen dagegen der Theilung keine Bedenken entgegen. 2. Kritik vom civilpolitischen Standpunkt: Durch die Theilung des Pachtzinses und die Nichttheilung der Früchte im Falle der Selbstwirthschaft schafft der Gesetzgeber für den Fruchtberechtigten Motive, das Grundstück zu verpachten, obgleich dies sonst nicht angerathen wäre. Das Gesetz ist also zu verurtheilen, weil es eigennützige Speculationen und wirthschaftlichen Schaden (die sonst nicht angerathene Verpachtung) herbeiführt und dem Nachfolger in der Nutzung einen in den meisten Fällen unerwünschten Pächter aufbürdet.[1] Der Gegensatz zwischen diesen Erwägungen und denjenigen des Verfassers des Entwurfes besteht darin, dass dieser die Verpachtung oder die Gewinnung der natürlichen Früchte sich als geschehene species facti vorstellt und darnach seine Entscheidung de lege ferenda trifft. Die politische Methode gebietet dagegen das Nachdenken darüber, welche species facti das Gesetz hervorruft und welche es an der Entstehung hindert.

b. Der § 479 des Entwurfes giebt dem Wiederverkäufer kein Recht auf den Ersatz der imp. necessariae. Psychologische Ursache: — derselbe Fehler in der Methode. Der Verfasser des Entwurfes stellt sich die species facti vor, dass die imp. necessariae thatsächlich gemacht sind und findet die Ersatzforderung als un-

1) Vgl. Fruchtvertheilung S. 227, 228, 233 Anm., S. 252 fg.

begründet. Bei der Anwendung der politischen Denkweise ergiebt sich ein entgegengesetztes Postulat, weil die Bestimmung des § 479 bei dem Wiederverkäufer Motive schafft, die imp. necessariae zu vermeiden, und in dieser Weise die erwünschte species facti an Entstehung hindert und der Volkswirthschaft und den beiden Parteien Schaden bereitet (oben S. 316 fg.).

In demselben § schlägt der Verfasser vor, dem Wiederverkäufer den Ersatz der imp. utiles und voluptuariae zu gewähren, ohne daran zu denken, dass der eigennützige und rechtskundige Wiederverkäufer durch das Gesetz zur Vereitelung des Wiederkaufes und zur wucherischen und sonstigen Ausbeutung seines in kapitalistischer Hinsicht schwächeren Opfers verleitet wird, indem das Gesetz ihm hilfreiche Hand dazu bietet (oben S. 319 fg.).

Diese Combination der zwei groben politischen Fehler in einem und demselben Gesetze bildet, wie wir oben gesehen haben, keine Eigenthümlichkeit des § 479, sondern verunstaltet die meisten Institute des zukünftigen Gesetzbuches.

c. Der Entwurf erklärt das Mass der Nutzung für den Fruchtbegriff als unwesentlich. Vom dogmatisch-richterlichen Standpunkt ist dagegen nicht viel einzuwenden. Das Gesetz ist aber unpolitisch, weil es gefährliche Motive bei dem Fruchtberechtigten und besonders bei seinen Geschäftsfreunden erzeugt (oben S. 136 fg.) etc. etc.

9. Neben den Leuten, welche dem fraglichen Gesetz Motive zu dieser oder jener Handlungsweise entnehmen werden, hat der Civilpolitiker auch mit einer anderen Kategorie der Leute zu thun, nämlich mit den Menschen, welche ihre Handlungsweise dem Gesetz nicht anpassen können, weil sie nicht wissen, dass das Gesetz auf ihre Verhältnisse angewendet werden wird. Dahin gehören z. B. die putativen Berechtigten, der bonae fidei possessor etc. Auch hier erwägt der Civilpolitiker, welche Handlungen seitens des Subjectes wahrscheinlich sind. Wenn z. B. der Civilpolitiker darüber nachdenkt, welche Rechtssätze in Bezug auf denjenigen einzuführen sind, welcher sich irrthümlicherweise für den Niessbraucher eines Landgutes hält, so muss er vor Allem erwägen, welche Handlungsweise seitens des vermeintlichen Niessbrauchers zu erwarten ist. Die Frage löst sich einfach. Der putative Berechtigte handelt so, als ob er wirklich berechtigt wäre; er richtet sich nach denjenigen Gesetzen, welche für die wirklich Berechtigten geschrieben sind. Dies führt verhängnissvolle Irrthümer in seinem Wirthschafts- und

Lebensplan herbei. Wir haben schon an anderem Orte (Fruchtv. §§ 40, 41) eingehender begründet, dass die bonae fidei possessio und ähnliche Erscheinungen eine ausserordentlich schädliche Rolle im Social- und Wirthschaftsleben spielen, und dass die Gefahren, welche daraus ebensowohl für einzelne Individuen wie für die Allgemeinheit entstehen, durch die „civilrechtliche Versicherung“ neutralisirt werden müssen. „Erst von diesem Standpunkt aus kann man die Bedeutung aller römischen Regeln über die bonae fidei possessio verstehen und auf gesetzgeberischem Wege weiter richtig entwickeln“ (eod. S. 179). Der Civilpolitiker hat in diesem Gebiete eine wichtige Frage zu lösen: durch welche Mittel und Methoden ist es zu erreichen, dass der Rechtsmechanismus menschliche Existenzen und Wirthschaften nicht zerstört, wohl aber die Sicherheit der Production und des Soziallebens fördert? Dies ist eine feine und schwierige Frage. Die Frage ist darum schwierig, weil man alles, was man dem vermeintlichen Berechtigten zum Zweck der Versicherung gegen unerwartete Gefahren gewährt, dem wirklichen Berechtigten wegnimmt. Es ist eine grosse Kunst, solche Gesetze zu schaffen, welche diese entgegengesetzten Interessen am besten vereinigen würden. Es wäre sehr leicht, ganz allgemein zu sagen: wir wollen den Irrenden dadurch versichern, dass wir die Berechtigung, nach welcher er sich irrthümlicherweise gerichtet hat, zum wirklichen Recht machen. Allein dies wäre in vielen Fällen eine beklagenswerthe Kurzsichtigkeit. Dadurch würde man den Schaden nicht beseitigen, sondern in vielen Fällen nur auf die andere Klasse der Menschen abwälzen. Eine musterhafte Lösung der Frage enthält das römische Recht in Bezug auf die Vertheilung der Früchte zwischen dem wirklichen und putativen Nutzungsberechtigten, ebenso in Bezug auf das Institut der revocatio donationis. In einigen anderen Fällen hat das römische Recht nicht den Muth gehabt, der Rechtsconsequenz zum allgemeinen Wohl die gefährlichen Spitzen abzubrechen. Unsere Aufgabe ist, in allen Gebieten eine ebenso glückliche Lösung herbeizuführen, wie dies das römische Recht in Bezug auf die erwähnten Fragen erreicht hat.

Auch in diesem Gebiete hat der Verfasser des Entwurfes seine politische Aufgabe nicht verstanden. Auch hier ist daran die grundfalsche Denkmethode schuld. Zwar hat man in den meisten Fällen das römische Recht nachgeahmt, aber da man die Reception nicht zielbewusst durchführte, so hat man das römische Recht

gründlich verdorben.[1] Wie weit der Entwurf von dem richtigen Verständniss seiner Aufgabe in Bezug auf die b. f. possessio entfernt ist, zeigt unter anderen der § 794, welcher die Fruchtvertheilung zwischen dem Besitzer und dem Eigenthümer einführt. Im allgemeinen hat der Verfasser der Gesetze über die b. f. possessio nicht als Politiker gedacht, welcher die sociale Bedeutung der zu regelnden Erscheinung und der einzuführenden Gesetze prüft, sondern als der gerechte Richter, welcher die Schafe zur rechten und die Böcke zur linken Seite stellt. Aus dem eigenthümlichen Gedanken der civilrechtlichen Belohnung der sittlichen Verdienste ergeben sich selbstverständlich nach allen Richtungen ganz andere Consequenzen, als aus dem Gedanken der Versicherung gegen die socialwirthschaftlichen Folgen des irrthümlichen Wirthschaftsplanes.

10. Die Bedeutung der beiden oben (8 und 9) ausgesprochenen Grundprincipien der Civilpolitik (Motivationsprincip, Versicherungsprincip) veranschaulicht am besten die Lehre des Entwurfes über die Bereicherungsklagen. Diese Lehre im Entwurfe beruht auf einer derartigen Combination von Verstössen gegen die beiden Grundsätze zugleich, dass die politische Absurdität derselben wahrhaft enorm ist.

Die allgemeine Regel des Entwurfes über den Umfang des Bereicherungsanspruches lautet:

„Die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder zur Werthvergütung fällt fort, soweit der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruches durch das Geleistete nicht mehr bereichert ist" (§ 739).

Von dieser Regel werden bei verschiedenen condictiones Ausnahmen gemacht. Sie gilt z. B. in Bezug auf den „Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges" (§§ 742—744) dann nicht, „wenn dem Empfänger bei dem Empfange der Leistung bekannt gewesen ist, dass die Voraussetzung nicht in Erfüllung gehen kann und dass der Geber hiervon nicht unterrichtet war" (§ 744).

Die Fälle nun, in welchen dem Empfänger bei dem Empfange der Leistung bekannt ist, dass die Voraussetzung n i c h t i n E r f ü l l u n g g e h e n k a n n, sind seltene Ausnahmen. Gewöhnlich ist der Eintritt des zukünftigen Ereignisses ungewiss, aber doch nicht unmöglich. In diesem gewöhnlichen Falle der Ungewissheit

1) Fruchtvertheilung § 48. Vgl. ferner § 452 des Entwurfs und Fruchtvertheilung S. 189 fg.

befreit sich also der Empfänger nach der Theorie des Entwurfes von der Herausgabe des Empfangenen, wenn er den Gegenstand verbraucht, verschenkt oder vernichtet. Der Verstoss gegen das Versicherungsprincip besteht im Folgenden:

Der Entwurf beraubt den Leistenden seines Kapitals ganz zwecklos. Der Empfänger braucht nicht versichert zu werden, weil er „prospicere potuit"; er konnte voraussehen, dass er das Empfangene eventuell würde zurückgeben müssen und er konnte sich darnach richten (nicht verschwenden, verschenken, vgl. Fruchtv. §§ 40, 41). Die Beschränkung des Anspruches auf den Umfang der thatsächlichen Bereicherung hätte nur dann einen Sinn, wenn der Empfänger gegen unerwartete Gefahren versichert werden müsste. Es ist z. B. absolut zwecklos und vom socialpolitischen Standpunkt sehr misslich, den Bräutigam, welcher eine Mitgift oder sonst ein Kapital unter Voraussetzung der zukünftigen Ehe empfangen hat, von der Rückgabe zu befreien, wenn er die Summe auf das Kartenspiel, Vergnügungsreisen, Theater etc. verprasst hat. Der Entwurf giebt dem verschwenderischen Bräutigam im Falle des Nichtzustandekommens der Ehe ohne jeden vernünftigen Zweck eine Liebesgabe auf Kosten der Braut oder ihrer Eltern.

Viel erheblicher ist der folgende Einwand, welcher gegen die Theorie des Entwurfes sich richtet. Der Entwurf verstösst auch gegen den Grundsatz sub 8. Es ist nicht schwer zu erkennen, welche Motive der § 744 bei dem Empfänger erregt. Die Menschen höherer Gesinnung lassen wir bei Seite. Diese werden trotz des bösen Rathes, welchen ihnen der Entwurf giebt, anständig handeln. Ein Egoist aber wird den § 744 mit Freude als Mittel zur eigennützigen Ausbeutung des Mitmenschen begrüssen oder jedenfalls der bösen Versuchung nicht widerstehen können. Er wird sich sagen: „Ich habe 10 000 in die Hände bekommen. Das „zukünftige Ereigniss" (z. B. die Ehe) wird wahrscheinlich nicht eintreten. Wenn ich nun die Summe auf Lebensfreuden verwende, so brauche ich nach den geltenden Gesetzen nichts herauszugeben. Wenn ich dagegen die Summe erhalte, so werde ich das Nachsehen haben. Eine solche Gelegenheit, einmal nach meiner Lust leben zu können, werde ich mir nicht entgehen lassen, also Wein, Karten und Weiber!"

Einer solchen Versuchung werden nicht nur die positiv bösen Menschen, sondern auch die in Hinsicht der Willenskraft oder der

Ethik schwachen Leute nicht widerstehen können. Welche Demoralisation, welche empörende Schädigung der Opfer des Gesetzes!

Alle Arten der Bereicherungsansprüche im Entwurf sind ebenso politisch construirt. Bei der cond. indebiti z. B. befreit sich der Empfänger von dem Ersatz der grundlos empfangenen und auf Lebensfreuden verprassten Summe nur dann nicht, wenn „dem Empfänger bei dem Empfange der Leistung bekannt gewesen, dass die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand und dass der Leistende hiervon nicht unterrichtet war“ (§ 741 Abs. 1), oder wenn „der Empfänger die im ersten Absatze erwähnte Kenntniss erst nach dem Empfange der Leistung“ erlangt hat (§ 741 Abs. 2).

Bei der cond. indebiti handelt es sich gewöhnlich um zweifelhafte Schulden. Wenn wir nun voraussetzen, dass A. 1000 als Zahlung einer nichtexistirenden Schuld bekommen hat und selbst an der Existenz der Schuld Zweifel hegt, so hat er Motive, die empfangene Summe auf den Lebensgenuss zu verwenden. Wenn er annimmt, dass z. B. 80 Chancen auf 100 gegen das Bestehen der Schuld sprechen, so räth ihm sein Egoismus und der Entwurf, die Summe auf eine Reise nach der Schweiz, auf Kartenspiel oder dergl. lieber zu verschwenden, als dieselbe zu ersparen. Je mehr Chancen gegen das Bestehen der Schuld sprechen, desto stärker wirkt die unsittliche Versuchung.

Ja, der Entwurf verleitet den Empfänger zu bösen Thaten auch dann, wenn dieser positiv das Nichtbestehen der Schuld kennt. Denn, sonderbar genug, der Entwurf verspricht ihm eine vollständige Freiheit von Verantwortlichkeit in dem Falle, wenn er zwar wissentlich eine nichtexistirende Forderung geltend gemacht hat, aber im Gericht den Einwand vorschützt, dass er keine Kenntniss davon hatte, inwiefern sein Opfer über die Verhältnisse gut unterrichtet war (!). Der Verfasser des Entwurfes hat natürlich bona fide die Gesetze geschrieben; er hat selbst nicht verstanden, was er construirt hat. Die Thatsache ist aber zweifellos, dass die vorgeschlagenen Gesetze so aussehen, als ob man absichtlich den Gaunern ein neues Feld der Thätigkeit eröffnen und die sittlich Schwachen zum Gaunerthum verleiten wollte.

Wer den Entwurf aufmerksam gelesen hat, der wird anerkennen müssen, dass das ganze Gesetzbuch schon aus dem Grunde unan-

nehmbar wäre, weil die Bereicherungsansprüche[1] so unpolitisch eingerichtet sind. Denn wir sind sicher, nicht zu übertreiben, wenn wir sagen, dass die Bereicherungsansprüche im Entwurfe eine noch zweimal so grosse Rolle spielen wie in dem römischen Recht. Jene hübsche Construction, welche ein praktisch widersinniges Recht enthält, wird vom Entwurfe an jedem passenden und unpassenden Orte angewendet. Es giebt wenig Institute im Entwurfe, für welche eine gute Einrichtung des Bereicherungsanspruches nicht von grosser Bedeutung wäre.

Die psychologische Ursache der fehlerhaften Einrichtung der Bereicherungsansprüche besteht wiederum darin, dass man nicht politisch gedacht hat, sondern in gerechter Weise Schafe von Böcken scheiden wollte. Es schien dem Verfasser ungerecht, diejenigen mehr als die thatsächliche Bereicherung herausgeben zu lassen, welche z. B. ein Kapital in Rücksicht auf eine zukünftige Ehe und dgl., deren Eintreten nicht unmöglich ist, annehmen. Man kann ja in der Annahme keine Unredlichkeit erblicken. Ja, darin hat der Verfasser des Entwurfes Recht. Nur musste man bedenken, dass eben die vorgeschlagenen Gesetze für die unredliche Handlungsweise dringende Motive bei eigennützigen oder leichtsinnigen Menschen schaffen und dieser unredlichen oder leichtsinnigen Handlungsweise gesetzlichen Schutz und Erfolg versprechen.

Andererseits, da man in der Beschränkung des Anspruches auf die thatsächliche Bereicherung nicht die Versicherungspolitik, sondern eine Begünstigung der Redlichkeit erblickt hat, so hat man demjenigen, welcher wirklich gegen die Ueberraschung versichert werden muss, d. h. demjenigen, welcher ohne seine Schuld nicht voraussehen kann, dass ihm eine Vermögensentziehung droht (prospicere non potuit), theils auf fremde Kosten zu viel, theils zu wenig gegeben. Leider müssen wir hier den wichtigsten Punkt bei Seite lassen, weil dazu ein eingehender Nachweis gehört, dass das römische Recht, welches in diesem Punkte der Entwurf abgeschrieben hat, für die modernen social-wirthschaftlichen Zustände unzulänglich ist. Darum wollen wir nur beispielsweise auf einen Punkt aufmerksam machen, in welchem der Entwurf das römische Recht verdorben hat.

Im § 740 heisst es in Bezug auf diejenigen Personen, welche ihre Bereicherung herausgeben müssen:

1) Das oben Ausgeführte bezieht sich auch auf den § 748 („Sonstiges Grundloses Haben“) und den § 745 („Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung“).

„Der Empfänger ist zur Herausgabe des Gegenstandes nur gegen Vergütung aller auf denselben vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen verpflichtet; er hat jedoch ein Recht auf Vergütung von Verwendungen nur insoweit, als er nicht durch Nutzungen, welche ihm verbleiben, bereichert ist.“

Wir lassen bei Seite die Thatsache, dass diese Bestimmung sich auch auf solche Leute bezieht, welche, wie oben ausgeführt, dringende Motive haben, sich auf fremde Kosten Lebensfreuden zu verschaffen (§§ 739, 741, 744, 745, 748). Wenn man an die Anwendung der Bestimmung auf diese Fälle denkt, so ist es schwer, sich zum ruhigen Tone der Besprechung zu zwingen. Darum nur ein Beispiel. Ein Kapitalist hat wissentlich oder unter Zweifeln über das Bestehen der Schuld, oder unter Voraussetzung eines künftigen nicht unmöglichen Ereignisses, oder sonst ohne rechtlichen Grund von einem Bauer dessen kleines Landgut abgefordert oder einfach bekommen. Der Gemüsegarten wird nunmehr in eine hübsche Rasenfläche mit einem Springbrunnen, der Obstgarten in einen Park mit grossen Kosten verwandelt, das Haus wird abgebrochen, eine Villa zum Sommeraufenthalt wird gebaut. „Bis der Bauer sich besinnt,“ so denkt der Kapitalist, indem er sich in's Fäustchen lacht, „wird die Rechnung über die Luxusverwendungen ganz hübsch anwachsen. Wir wollen sehen, ob der Bauer noch so dumm sein wird, mich zu verklagen. Was die Einkünfte des Gutes anbetrifft, so bin ich ja vorsichtig genug, dieselben nicht zu ersparen, sondern auf den Lakai mit Livrée und dgl. zu verwenden.“

Das ist der Gipfel der politischen Weisheit und der Gerechtigkeit! Wahrlich bedauernswerth sind die Opfer des „Zukunftsrechtes.“

Wir behaupten aber von der angeführten Bestimmung viel mehr, wir behaupten nämlich, dass sie auch für diejenigen Fälle zu verwerfen ist, in welchen der Empfänger wirklich gegen die Gefahr der unerwarteten Ansprüche versichert werden muss. Abgesehen davon, dass die Einführung des Ersatzes von Kosten der Verwandlung eines Gemüse- oder Obstgartens in einen Lustgarten und dgl. auch dann eine bedauernswerthe Socialpolitik wäre, wenn sie einen an sich nützlichen Gedanken der Versicherung enthielte (weil sie eine Begünstigung der mehr bemittelten Menschen auf Kosten der weniger bemittelten, und der unproductiven Anlage des Kapitals auf Kosten der productiven bedeutet), fragen wir: welchen Zweck hat man verfolgt, indem man den Ersatz „aller Verwendungen auf den Gegenstand“ vorgeschlagen hat? Den Constructionsgrund des Verfassers verstehen wir sehr wohl; er klingt sehr hübsch und consequent: derjenige, welcher auf dem Grundstück Luxus treibt, hat zwar Lebensgenuss auf Kosten der fremden Existenz, man kann aber nicht sagen, dass er sich bereichert. Das Gesetz ist zwar grausam, aber constructionsmässig. Man muss aber nicht nach der Construction, sondern nach dem politischen Grunde fragen. Die Versicherungspolitik im Civilrecht verfolgt den Zweck, die Menschen ihrer Existenzmittel nicht berauben und die Productionsorganismen nicht zerstören zu lassen. Die Luxuseinrichtungen gehören aber ebensowenig zu den Existenzmitteln wie zum productiven Organismus der Wirthschaft.[1]

11. Die Civilpolitik wird sich mit der socialen Wirkung der Sätze des Civilrechtes befassen. Mit wirthschaftlicher Technik befasst sich diese Wissenschaft nicht. In dieser Beziehung wird die Civilpolitik nur als selbstverständlich den Satz betrachten, dass die Civilgesetze der Verwirklichung der vernünftigen Wirthschaftsregeln keine Hindernisse bereiten sollen. Natürlich kann zur Abfassung der Civilgesetze nicht derjenige berufen werden, welcher von dem praktischen Wirthschaftsleben keinen Begriff hat, weil sonst die Gefahr entsteht, dass solche Gesetze aufgestellt werden, welche die vernünftige Wirthschaft stören, wie z. B. die Grundsätze des Entwurfes über die Erstattung der Früchte, über die Substitution, über die Arten der Wirthschaftskosten und dgl.

12. Die wichtigste Aufgabe des Civilpolitikers besteht aber darin, den Geist der Zeit zu verstehen und der Entwickelung des Civilrechtes die richtige allgemeine Richtung zu verschaffen. Vor allem muss der Civilpolitiker erwägen, welche Ziele die Socialpolitik in sonstigen Gebieten des Rechtes verfolgt. Die Civilgesetzgebung ist ein Instrument in der Reihe der anderen, sie soll keine Dissonanz im allgemeinen Concert der Socialpolitik enthalten, sondern im Gegentheil nach Möglichkeit zur richtigen und friedlichen Entwickelung des Gesammttones und des Gesammteffectes beitragen. Auf diesem Gebiete wird die Civilpolitik die schönsten und werthvollsten Früchte bringen.

13. Das höchste und allein dauernde Ideal, neben welchem alles andere nur Vorstufen und Stückwerk bildet, ist schon längst klar und deutlich ausgesprochen:

[1]) Vgl. Fruchtvertheilung S. 182.

„Die Liebe höret nimmer auf . . . Unser Wissen ist Stückwerk und unser Weissagen ist Stückwerk. Wenn aber kommen wird das Vollkommene, so wird das Stückwerk aufhören. Da ich ein Kind war, da redete ich wie ein Kind, und war klug wie ein Kind, und hatte kindische Anschläge; da ich aber ein Mann ward, that ich ab, was kindisch war. Wir sehen jetzt durch einen Spiegel in einem dunkeln Wort; dann aber von Angesicht zu Angesicht. Jetzt erkenne ich es stückweise, dann aber werde ich es erkennen, gleichwie ich erkannt bin. Nun aber bleibt Glaube, Hoffnung, Liebe, diese drei; aber die Liebe ist die grösseste unter ihnen.“ 1. Kor. 13.

Was auf dem Fundament der Liebe gebaut wird, das wird dauern. Was auf anderem Boden errichtet wird, wird zerstört werden.

14. Wer bauen will, der soll die Gegenwart verstehen und in die Zukunft blicken. Die Entwickelung der Menschenweltordnung, die Socialpolitik des modernen Staates geht dahin, den Schutzbedürftigen Schutz zu verschaffen, die Abgründe, welche die Menschheit in zwei feindselige Lager trennen, auszufüllen. Hat der Verfasser der Zukunftgesetzgebung über diese Frage nachgedacht? Hat er das gethan, was er thun konnte? Von dieser Frage hat man keine Ahnung gehabt. Wenn man den Entwurf mit dem römischen Recht vergleicht, so könnte man glauben, dass die moderne Socialpolitik sich in keiner Weise von der römischen unterscheidet, dass wir in den ersten Jahrhunderten nach Christi Geburt leben, oder jedenfalls uns auf derselben Stufe der Socialentwickelung befinden. Ja, man kann vom Entwurf sagen, dass er mehr romanistisch als das römische Recht ist. Einige Proben haben wir schon gesehen. Zu manchen oben erörterten Sätzen des Entwurfes würde schon der alte Celsus oder Ulpianus seine Zustimmung niemals ertheilen, um den Schwächeren nicht zu dem Opfer des Egoismus des Stärkeren zu machen. Selbstverständlich schreiben wir dem Verfasser keine zu missbilligenden Absichten zu. Es wäre überhaupt irrthümlich in den vorgeschlagenen Gesetzen irgend welche Absichten zu erblicken. Der Verfasser des Entwurfes ist ebenso unschuldig, wie jeder Laie in der Socialpolitik. Später werden wir noch mit anderen Beispielen in derselben Richtung zu thun haben, wo das Uebel ohne jede Absicht gestiftet wird. Wenn nicht aus dem Gesetze selbst, so jedenfalls aus den Motiven ersieht man bei solchen Fällen, dass der Verfasser von jedem dolus

freizusprechen ist; er hat über die Folgen des Gesetzes einfach nicht nachgedacht.

15. Wer die Motive zum Entwurf nicht gelesen, sondern nur gesehen hat, würde fragen: „Was enthalten denn diese fünf dicken Bände, wenn diejenigen Erwägungen, welche gerade für den Civilgesetzgeber wesentlich sein sollten, dort nicht zu finden sind?“ Auf diese Frage könnten wir nur negative Antwort ertheilen, dass dort eben Verschiedenes vom civilpolitischen Standpunkt Unwesentliches erörtert wird. Z. B. wir können aus den Motiven erfahren, dass der Verfasser selbständige Ansichten über die naturwissenschaftlichen Fragen hat, welche von den Ansichten der übrigen Naturforscher grundverschieden sind. Ebenso selbständig sind die psychologischen Anschauungen des Verfassers. Darnach macht z. B. der Wiederverkäufer im eigenen Interesse die nothwendigen Verwendungen, obwohl diese ihm nicht ersetzt werden. Auch im Gebiete der Ethik enthält der Entwurf manches Ueberraschende, z. B. die Ansicht, dass der Irrthum über das Eigenthumsrecht eine besondere Redlichkeit bezeugt und als solche belohnt werden muss etc. etc. Die Hauptmasse der Motive aber, wenigstens 80 %, enthält die Belehrungen über die juristische Construction und Auslegung der vorgeschlagenen Gesetze. Wenn man die Motive mit etlicher Aufmerksamkeit liest, so fühlt man eine grosse Autorität des Verfassers, man gewinnt den sonderbaren Eindruck, als ob der Verfasser sich als einen Rechtslehrer betrachtete, welcher in einem Hörsaal seine Studenten oder in einem Lehrbuch die durch seine Autorität geleitete Rechtswissenschaft belehrt, wie juristisch zu denken ist. Man sieht in den Ausführungen des Verfassers die Sorge, dass die anderen Juristen unfähig sein möchten, die von ihm geschaffenen Rechtssätze logisch zu entwickeln, in ein theoretisch elegantes System zu verwandeln, die wunderbare Consequenz seiner Ansichten zu ergründen. Hinter dieser Richtung der Motive tritt jede andere in Schatten. Bezeichnend in dieser Beziehung ist folgender lakonische Ausspruch der Motive, welcher nach der constructiven Erörterung einer Vorschrift ihre praktische Rechtfertigung enthalten soll: „Die Vorschrift hat übrigens einen praktischen Zweck“ (M. B. III S. 406). Diese Worte sind vielsagend. Zwar enthalten sie keine civilpolitische Begründung: in dieser Beziehung sind sie nichtssagend. Auch folgt unmittelbar weiter wiederum die constructive Ausführung, welche die übrigen Juristen belehrt, welche logische Con-

sequenzen in der Vorschrift enthalten sind und welche nicht. Der Ausspruch ist vielmehr in der Beziehung vielsagend, dass er ein unwillkürliches Glaubensbekenntniss des Verfassers enthält, dass er als Motto für den ganzen Entwurf und seine Motive gelten könnte. Die praktische Bedeutung eines als Gesetz einzuführenden Satzes ist eine unbedeutende Beilage, welche im concreten Falle „übrigens“ mit in Kauf genommen werden kann. Das Gesetz würde auch dann einzuführen sein, wenn es keinen praktischen Zweck hätte oder praktisch schädlich wäre. Hauptsache ist die logische Consequenz in der Durchführung der Constructionsansichten des Verfassers und die Belehrung darüber. Die gesunde politische Vernunft, das Sehen nicht „durch einen dunklen Spiegel,“ sondern „von Angesicht zu Angesicht“ und die Liebe als Endzweck und Endideal ist ebenso dem Entwurf wie den Motiven fremd. Der Entwurf mit seinen Motiven ist ein Tempel des lieblosen Heidengottes; sein Abgott ist die Construction.

16. Der Verfasser des Entwurfes hat nur eine Eventualität in Betracht zu ziehen vergessen. Vielleicht wird die Jurisprudenz, welche durch den Verfasser stillschweigend entmündigt wurde, sich als vollständig mündig und nicht nur zur Auslegung seiner Ansichten, sondern auch zum kritischen Urtheil über dieselben als fähig erweisen. Er sollte bedenken, dass man die dogmatischen Belehrungen als überflüssig, den vernünftigen politischen Grund aber für jeden Satz als wesentlich erklären wird. Anstatt die logische Consequenz und Constructionskunst des Verfassers zu bewundern, wird man die so logisch entwickelten Prämissen selbst als unzulänglich und des Zukunftsrechtes unwürdig stempeln. Eines entschiedenen Protestes gegen den Entwurf hat man sich bisher aus dem Grunde enthalten, weil man gehofft hat, dass die zweite Lesung eine gründliche Verbesserung herbeiführen wird. Indessen hört man, dass die zweite Lesung nur eine Nachbesserung im kleinen Massstab bedeutet. Bevor der Entwurf den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt wird, wird die Jurisprudenz zweifellos im vollen Bewusstsein der ernsten Verantwortlichkeit ihre Expertise mit Entschlossenheit und männlicher Kraft aussprechen. Die Menschen werden durch die gemeinsam erlangten nützlichen Institutionen, nicht aber durch die schädlichen geeinigt. Das gemeinsam erlangte Uebel säet nur die Unzufriedenheit und das Zerwürfniss. Der Entwurf wird aber eine wichtige Rolle in der Geschichte des Civilrechtes und der Wissenschaft spielen und einen

grossen Nutzen bringen. Dieser Nutzen wird eben aus der Reaction gegen den Entwurf erwachsen. Je heftiger und entschiedener diese Reaction sich entwickelt, desto fester wird die Ueberzeugung Wurzel fassen, dass für die Gründung und ernste Bearbeitung der Civilpolitik als einer selbständigen Wissenschaft mit einheitlichem Programm, einheitlichem Ziel und einheitlicher Methode die höchste Zeit gekommen ist.

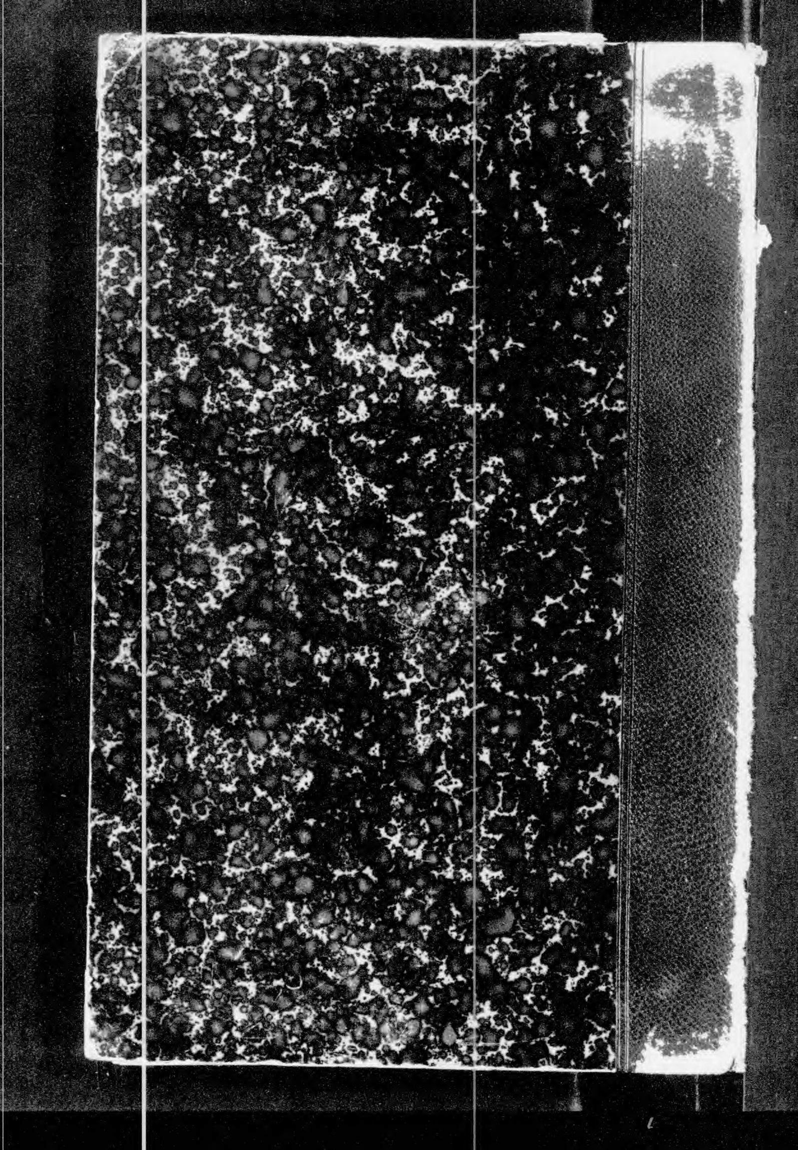
17. Die Selbständigkeit der Civilpolitik in Ziel, Programm und Methode bedeutet nicht, dass die Civilpolitik die Bande, welche sie mit ihren Schwestern, der Geschichte und der Dogmatik der positiven Rechte, verbinden, zerreissen wird. Im Gegentheil. Was insbesondere das römische Recht anbetrifft, so enthält dasselbe eine Masse von werthvollem Erfahrungsmaterial, welches der Civilpolitik zu Gute kommen soll. Das römische Recht ist kein Product der theoretischen Ansichten der römischen Juristen und ihrer logischen Entwickelung, sondern es ist ein Product der unbewussten Entwickelung des Lebens und seiner Bedürfnisse. Es ist ein Product der langjährigen Volkserfahrung. Die römischen Juristen haben meistens die sociale Bedeutung der Sätze, welche sie durch ihren praktischen Instinct geleitet, als Organe, durch welche das Volk seine Rechtserfahrung constatirte, gelehrt haben, nicht verstanden oder falsch gedeutet, oder einfach gar nicht erörtert. Den nicht ausgesprochenen oder unrichtig erklärten Sinn der Rechtsbegriffe und der Rechtssätze müssen wir zu ergründen suchen. „In der Kunst, die unbewusste Gesetzgebungsweisheit des Gewohnheitsrechtes in die Form bewusster Gedankenreihen umzuprägen“ müssen wir die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft sehen.[1] Die Civilpolitik wird diese Gedanken bewusst verwerthen. Die Gründung der Civilpolitik wird den Uebergang von der unbewussten zur bewussten Entwickelung bedeuten. In der Civilpolitik kommt das positive Recht zum Selbstbewusstsein. Was in der Civilpolitik ein b e w u s s t e s P r o g r a m m ist, das war in der Geschichte des posi-

1) Vgl. Leonhard (Zeitschr. für Rechtsgesch. B. 14, rom. Abth.) in der Kritik meiner „Fruchtvertheilung“. In Bezug auf diese Kritik halte ich für meine Pflicht zu erklären, dass sie mir eine längere Zeit vor der Veröffentlichung (durch die Güte der Redaction) bekannt geworden und bei der Abfassung des vorliegenden Buches mit grossem Nutzen ausgebeutet ist. Insbesondere haben mich die darin enthaltenen trefflichen Bemerkungen über die Früchte auf den Gedanken der oben im § 3 aufgestellten Formulirung der Periodicitätstendenz der Früchte geführt und in dieser Weise mich vor einem Irrthum bewahrt, welcher meine ganze Theorie hätte unzulänglich machen können.

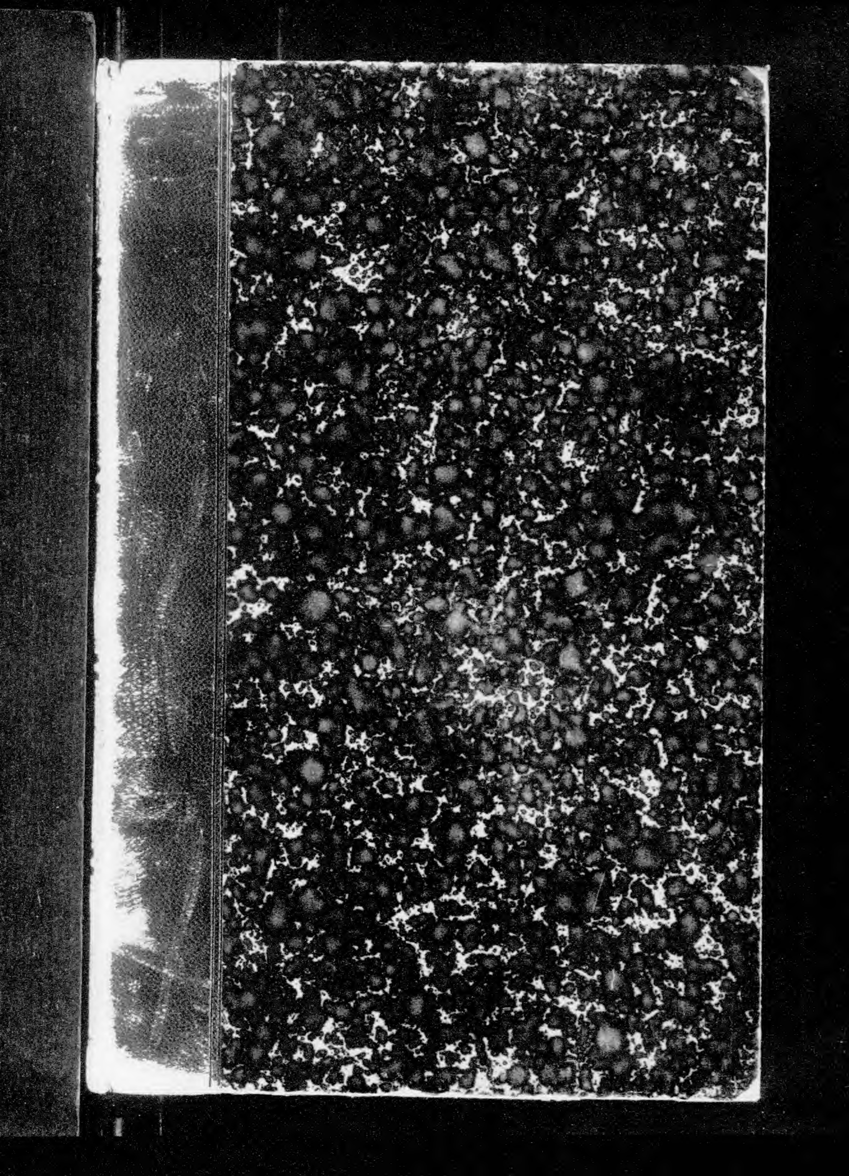
tiven Rechtes eine unbewusste Ursache. Diese unbewussten Ursachen (nicht Zwecke) sind durch die Induction, die Methode der Entdeckung der Ursachen, zu ergründen.[1]

1) Durch die Schrift über die Fruchtvertheilung haben wir beabsichtigt: a) Beispiele der Anwendung der Induction zur Erkenntniss der socialen Bedeutung von civilrechtlichen Instituten zu liefern (vgl. insbes. §§ 16, 39, 40, 41, 42, 43, 44). Wir haben dort absichtlich die Darstellung so gestaltet, dass das Schema der Methode klar vor die Augen tritt (vgl. insbes. § 16). In der Untersuchung über die Grundbegriffe der Einkommenslehre, welche das Wesen und die Bedeutung des Fruchtbegriffes im Socialleben zu bestimmen versucht, haben wir zwar die Methode beibehalten, die Darstellung nach dem schulmässigen Schema der Induction aber verlassen, weil sie sehr unbequem und für den Leser ermüdend ist. Viel bequemer ist es, den nachzuweisenden Satz im Voraus mitzutheilen und das Beweismaterial nachher zu entrollen. b) Die Abhandlung I der Schrift über die Fruchtvertheilung sollte den oben sub 8 ausgesprochenen civilpolitischen Satz illustriren; die Abhandlung II — den Satz sub 9; die Abhandlung III — die Verwerthung der gewonnenen Sätze für die Kritik der modernen Gesetzgebungen. Um den Verdacht zu vermeiden, dass wir die Sätze, welche de lege ferenda als wünschenswerth erscheinen, künstlich in die Quellen des römischen Rechtes hineininterpretiren, haben wir in den Abhandlungen I. und II. nicht ohne Pedantismus die dogmatische Untersuchung von der civilpolitischen geschieden, jene dieser vorangestellt, und jeden dogmatischen Satz, ohne seine sociale Bedeutung zu beurtheilen, möglichst genau quellenmässig zu begründen gesucht. Es ist aber selbstverständlich, dass wir uns der socialen Bedeutung der Sätze als eines Lichtes bei der dogmatischen Untersuchung bedient haben. Wenn man den Sinn eines Satzes vor Augen hat, ist es sehr leicht, nach richtigen Beweismitteln oder der Interpretation im Einzelnen zu suchen. So haben wir z. B. zunächst die social-politische Bedeutung der Theilung der Dotalfrüchte uns klar zu machen versucht. Der Gedanke, dass die Theilung die Beseitigung der eigennützigen Motive bei der Ehescheidung bewirken soll, hat uns auf die in den §§ 17—20 ausgesprochene geschichtliche Hypothese geführt und die Interpretation der l. 7 § 1 s. m. ebenso wie die dogmatische Begründung dafür von selbst in die Hände gegeben. Die wohlwollende Anerkennung, welche unsere Erstlingsarbeit weit über Erwarten gefunden hat, hat uns den Muth eingeflösst, die dort angewendeten und inzwischen reifer gewordenen Gedanken in diesem Nachwort ausdrücklich auszusprechen. Im allgemeinen enthält die vorliegende Schrift in vielen Hinsichten nur die Entwickelung der schon in der „Fruchtvertheilung“ angedeuteten Ansichten. So haben wir dort zu zeigen versucht, dass die verschiedene Behandlung der imp. utiles bei dem bonae und malae fidei possessor aus volkswirthschaftlichen Gründen beizubehalten ist. Hier (im Anhang) haben wir die dort ausgesprochenen und in den Kritiken anerkannten Gedanken (vgl. insbes. Oertmann in der Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. R. d. Gegenwart XX S. 584) nur auf andere Institute des Vermögensrechtes erstreckt.

Lippert & Co. (G. Patz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.



Volume 2




SIGILLUM COLLEGII COLUMBIAE NOVI EBORACI.
IN LUMINE TUO VIDEBIMUS LUMEN

Die

Lehre vom Einkommen.

Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts

unter Berücksichtigung

des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Von

Leo v. Petražycki.

II. Band.

Einkommensersatz.

1. Theil: Grundlegung. 2. Theil: Zinsen. 3. Theil: Arbeitseinkommen, Honorar, Unternehmergewinn. Anhang: Entwurf (II), Civilpolitik und politische Oekonomie.

Berlin 1895.
Verlag von H. W. Müller.

Vorwort.

Der vorliegende Band trägt die Jahreszahl 1895, gehört aber eigentlich einem früheren Zeitraum an. Bis auf einen kleinen Theil war das Manuscript schon im Jahre 1893 fertig und der Druck Ende Juli 1894 ausgeführt. Dieser Umstand erklärt es, weshalb ich mich in der Kritik des zweiten Entwurfes hauptsächlich mit dem Obligationenrecht beschäftige und bei wenigen familien- und erbrechtlichen Bestimmungen, deren Berücksichtigung unvermeidlich war, den Entwurf I citire.

Das frühere Erscheinen des Bandes war zum Theil durch Umstände persönlicher Natur verhindert, zum Theil auch dadurch, dass ich einige Zeit die Hoffnung nicht aufgeben wollte, den vorliegenden drei Theilen des zweiten Bandes unmittelbar den vierten (letzten) Theil folgen zu lassen. Dieser letzte Theil (unter dem Titel: „Motivations- und Versicherungspolitik bei einzelnen Einkommensprästationen“ [1]) liefert in manchen Punkten eine nothwendige Vervollständigung der drei ersten (vorliegenden) Theile des Buches. Diese enthalten folgende zwei wichtige Lücken: a) Im § 3 betrachte ich als Grundprincip der Fruchtprästationen den Fundamentalsatz der kapitalistischen Gütervertheilung: dem Kapitalisten gebührt das Einkommen von dessen Kapital. Wie aber sind die Fruchtprästationen bei den Besitzansprüchen zu begründen? Darüber giebt erst der vierte Theil, der sich mit der volkswirthschaftlichen und ethischen Funktion des Institutes des Be-

1) Oder: „Princip des subjektiven Werthes der ökonomischen Güter und der Motivation bei einzelnen Fruchtprästationen“. Ueber die Ausdrücke: „Motivations-“, „Versicherungspolitik“ vgl. Band I, Anh. insbes. Seite 334 (sub 10) und vorgehende.

sitzes beschäftigen wird, genauere Auskunft. Uebrigens kann jeder, welcher in methodologischen Fragen mit mir übereinstimmt, die angedeutete Lücke leicht selbst in Gedanken vervollständigen und ohne Weiteres einsehen, dass die Fruchtprästationen bei den Besitzklagen, wie das Institut des Besitzes im Allgemeinen, sich sehr einfach und sicher erklären, wenn man den Einfluss dieses Institutes auf den Willen und das Betragen, im Allgemeinen auf die Psychologie des Volkes in Betracht zieht (oben Bd. I Anhang, vgl. auch unten S. 479), dass z. B. von diesem Standpunkt aus die so leicht „überwundene" und fast verschollene Theorie von Savigny der Wahrheit viel näher kommt, als diejenige von Ihering u. s. w. b) Die zweite Lücke besteht darin, dass ich mich in den vorliegenden drei Theilen nur mit denjenigen Kategorien von Einkommensprästationen beschäftige, bei welchen der Inhaber des fremden Kapitals weiss oder doch voraussehen kann, dass eine Entziehung des Kapitals und des Einkommens eintreten kann. Die Lücke in Bezug auf die Fälle des Irrthums (des sog. „redlichen Glaubens", der „Redlichkeit") wird erst durch den vierten Theil ausgefüllt werden.

Obgleich aus diesen und einigen anderen Gründen nur alle vier Theile des zweiten Bandes zusammen ein wissenschaftliches Ganzes bilden, so habe ich mich doch am Ende entschlossen, die Veröffentlichung der ersten drei Theile nicht weiter hinauszuschieben. Massgebend ist für mich die Rücksicht auf den zweiten Entwurf gewesen.

Die Erklärung des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins [1] über das im deutschen Anwaltstande bestehende „lebhafteste Interesse an dem baldigen Zustandekommen des grossen vaterländischen Werkes", sowie die Worte des hervorragenden Mitgliedes des Vereinsvorstandes Dr. Reatz [2]:

> „Zweck der vorliegenden Arbeit ist... die Fortschritte erkennen zu lassen, die der zweite Entwurf gegenüber dem ersten nach Inhalt und Form aufzuweisen hat, und damit die freudige Ueberzeugung zu ermöglichen, dass das grosse Werk der einheitlichen Gesetzgebung Deutschlands im Wesentlichen diejenige Vollkommenheit an sich trage, welche nach den gesetzgeberischen Kräften der heutigen Zeit überhaupt zu erreichen war..."

1) Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert von Justizrath Dr. Reatz, Vorwort.

2) Eod. Einleitung.

sind an sich von grossem Gewicht und bilden zugleich eines von den vielen Symptomen der herrschenden Anschauung über die zweite Lesung des Entwurfes und ihr zu erstrebendes günstiges Geschick.

Eigentlich stimme ich der Ansicht zu, dass der zweite Entwurf diejenige Vollkommenheit aufweist, „welche nach den gesetzgeberischen Kräften der heutigen Zeit überhaupt zu erreichen war" (vgl. unten S. 565). Dagegen bin ich in einem anderen m. E. gerade entscheidenden Punkte mit der gemeinen Anschauung nicht einverstanden, nämlich in Bezug auf die den Arbeiten der vom Bundesrathe berufenen Kommission und der Literatur über den Entwurf zu Grunde liegende Voraussetzung, dass die gesetzgeberischen Kräfte der heutigen Zeit dazu ausreichen, die grosse Aufgabe befriedigend zu lösen. Nach meiner Ansicht ist dies nicht der Fall. Auf solche Weise, wie es geschehen, und mit den zur Verfügung gestandenen Mitteln darf man besonders jetzt, mit Rücksicht auf die gegenwärtigen Kultur- und politischen Zustände, eine Neuregelung des Civilrechtes nicht wagen. Dazu sind wissenschaftliche Vorarbeiten nothwendig, welche versäumt worden sind. Der Rath von Savigny: vor einer Kodifikation das römische Recht genauer kennen zu lernen, ist gewiss dem Entwurf zu Gute gekommen, indem man demgemäss sich von manchen Irrthümern befreit und manche Institute genauer untersucht hat und diese bessere Einsicht im Entwurf zum Ausdruck gekommen ist. Desgleichen haben auch die Errungenschaften der praktisch-dogmatischen romanistischen Schule in mancher Hinsicht werthvolle Fingerzeige für die Kodifikation geliefert. Dies Alles kann aber keineswegs genügen, um diejenige wissenschaftliche Erkenntniss zu liefern, welche für die Neuregelung des Civilrechtes jetzt unentbehrlich ist. Ja, die Tendenz des heutigen Romanismus nach Möglichkeit „praktisch" und „modern" zu sein, hat dem Entwurfe in wichtigen Punkten geschadet, indem man auf Grund oberflächlicher „praktischer Rücksichten", „Billigkeitserwägungen", „Anschauungen des Verkehrs" und dgl. viele volkswirthschaftlich und ethisch verderbliche Vorschriften besonders in den zweiten Entwurf aufgenommen hat (vgl. Dernburg II, 4. Aufl. § 41 N. 13).

Ich erachte es nun für nothwendig, der herrschenden optimistischen Anschauung über die zweite Lesung so schnell wie möglich entgegenzutreten. Von der Erwartung, dass meine Arbeit die Einführung des zweiten Entwurfes als Gesetzbuch verhindern könnte, ist selbstverständlich keine Rede. Im Gegentheil bin ich

ebenso wie Andere sicher, dass der zweite Entwurf Gesetzbuch werden wird. Es handelt sich aber nicht um den thatsächlichen Erfolg des Kampfes, wenn in diesem Falle, in welchem der mächtige Angegriffene den Angriff kaum merken wird, vom Kampfe überhaupt geredet werden kann, sondern um die Erfüllung eines wissenschaftlichen und ethischen Pflichtgebots.

Auch in anderen Fragen bin ich opportunistischen Rücksichten nicht gefolgt, sondern habe rücksichtslos meine Ueberzeugung ausgesprochen. Für Popularität und Anerkennung sorgt die Schrift nicht; im Gegentheil sehe ich voraus, dass die Behandlung derselben keine besonders zarte sein dürfte.

Meine Ansicht über den Entwurf wird genauer im Anhang ausgeführt. Dieser bildet zugleich den Versuch einer Einleitung in die Civilpolitik (vgl. Bd. I S. 327 fg.). Denn jetzt kann es sich in dieser Hinsicht auch nur um einen Versuch handeln. Um ein genaueres Programm aufzustellen, müssen noch viele Probleme gelöst werden, wozu die schwachen Kräfte und lückenhafte Bildung eines einzelnen Forschers nicht ausreichen. Der Anhang hat den Zweck, zur Mitarbeit anzuregen und Probleme anzudeuten, keineswegs aber dieselben zu lösen. Er bildet eine an die Rechtswissenschaft und die politische Oekonomie gerichtete Bitte um Belehrung. In diesem Sinne sind insbesondere meine im polemischen Tone vorgetragenen Bemerkungen über die politische Oekonomie zu verstehen. Prima facie enthalten sie ein Misstrauensvotum. Ich werfe der politischen Oekonomie vor, dass sie den hauptsächlichen Gegenstand und Ausgangspunkt ihrer Forschung, das System decentralisirter Volkswirthschaftsordnung (über den Begriff vgl. unten S. 463 fg.) genauer zu erkennen versäumt hat, dass sie mit Abstraktionen operirt und die Quelle und das Fundament dieser Abstraktionen ignorirt, dass dem entsprechend auch ihre Erklärung der socialen Erscheinungen und der diesen zu Grunde liegenden Psychologie keine befriedigende Vollständigkeit und Gründlichkeit aufweisen, dass sie darum auf einem wesentlichen Gebiete der Volkswirthschaftspolitik ein eklatantes Fiasko erleidet und eine demüthigende Bankerotterklärung, ohne dies selbst zu merken, macht. In Wahrheit bezwecken diese Bemerkungen, wie gesagt, eine Bitte um Belehrung. Es handelt sich um eine Aufforderung, dass die politische Oekonomie das Licht ihrer theoretischen und politischen Forschung auch auf ein von ihr bisher vernachlässigtes, begrifflich und sachlich aber ihr gehörendes Gebiet erstreckt. Dadurch werden nicht

nur dieses brach liegende Feld einer gehörigen Kultur unterworfen, sondern auch die anderen Forschungsgebiete der politischen Oekonomie befruchtet. Dass die Volkswirthschaftslehre die Finanzpolitik als einen ihrer wichtigsten Theile betrachtet und demgemäss behandelt und zugleich die Civilpolitik ignorirt, ist zwar geschichtlich sehr erklärlich (Einfluss der fiskalischen Interessen), rationell aber unbegreiflich. Einzelne Punkte, deren Vernachlässigung im Anhange dieses Buches der politischen Oekonomie im Allgemeinen zum Vorwurf gemacht wird, werden zwar sporadisch und gelegentlich von ökonomischen Schriftstellern beachtet. Desgleichen erkennt die politische Oekonomie einzelne civilpolitische Fragen als zu ihrem Forschungsgebiet gehörig an. Dies lässt aber die Irrationalität des Zustandes der politischen Oekonomie nur in desto grellerem Lichte erscheinen und macht uns das Verhalten dieser Wissenschaft desto unbegreiflicher. Welchen vernünftigen Grund kann man dafür angeben, warum diese Frage der Civilpolitik in die Volkswirthschaftslehre gehört, jene nicht, warum man einzelne Fragen aus ihrem Zusammenhang mit dem ganzen System des Civilrechtes herausgreift und die systematische wirthschaftstheoretische und -politische Erforschung und Beleuchtung des ganzen Mechanismus für entbehrlich hält. Der Mechanismus der decentralisirten Volkswirthschaftsverwaltung ist auch ein einheitlicher, welcher das Herausgreifen einzelner Stücke zur isolirten Betrachtung ohne Zusammenhang mit dem Ganzen nicht zulässt. Dieses sporadische Herausgreifen von civilpolitischen Fragen durch die Nationalökonomie kann eine systematische und selbständige (in der Reihe anderer Wissenschaften der politischen Oekonomie) Wissenschaft nimmermehr ersetzen oder entbehrlich machen.

Ich betone also noch einmal, dass mich im Anhang nicht die Tendenz zu kritisiren und zu verneinen geleitet hat, sondern dass es sich nur um die Begründung der an die politische Oekonomie gerichteten Aufforderung handelt, die Civilpolitik unter ihre Leitung und ihr Protektorat zu nehmen oder genauer die Civilpolitik als ihr legitimes Kind anzuerkennen und demgemäss zu behandeln.

Auch der Rechtswissenschaft gegenüber handelt es sich in der gegenwärtigen Schrift nicht nur um Negation. Zunächst ist und bleibt die Jurisprudenz in ihrem Gebiete absolute Herrin und die grösste Autorität. Es wäre auch m. E. müssig, ja thöricht, die Frage aufzuwerfen, welche Wissenschaft höher und schöner wäre, die Civiljurisprudenz oder die Civilpolitik. Sie sind beide in ihren

Gebieten gleich berechtigt und haben beide hohe und schöne Aufgaben zu lösen. Dann kann man natürlich zugleich rechtswissenschaftlich und civilpolitisch arbeiten. Man muss aber einsehen, dass die rechtswissenschaftliche Vorbereitung und entsprechende Facharbeit noch keineswegs genügen, um civilpolitische Fragen zu lösen, dass der Hinweis auf eine „praktische Rücksicht“, „Billigkeitserwägung“, „Anschauung des Verkehrs“ und dgl. die nöthige wissenschaftliche Einsicht und das für die Civilpolitik nothwendige systematische und methodische Denken nicht ersetzt. Die in der Rechtswissenschaft herrschende Methode der praktischen Erklärung und Beurtheilung von Civilrechtssätzen ist sehr bunt; sie setzt sich aus höchst verschiedenen Arten von Erwägungen und Argumentationen zusammen. Dies bezeugt an sich den unkritischen und unbewussten Zustand dieser Methode. Anders kann es auch nicht sein, so lange die grundlegenden Fragen der Civilpolitik (Ideal, Fortschritt, Kultur, Wesen des Objektes und der Methode ...) nicht einmal aufgeworfen, geschweige denn mit genügender Tiefe und Vollständigkeit entwickelt werden.[1]

Ich erkenne gern an, dass man trotz des Nichtvorhandenseins der Civilpolitik und des traurigen Zustandes der Methode viele werthvolle Gedanken geliefert, viele wichtige Sätze aufgestellt hat. Dies ist aber durch den persönlichen Scharfsinn der Forscher, durch ihren intuitiven Takt, durch die Anlehnung an das bewährte Muster, das römische Recht, u. s. w. zu erklären. Was würde man erreichen, wenn man so viele und so hervorragende geistige Kräfte wie diejenigen, über welche die Civilrechtswissenschaft verfügt, auf den Ausbau einer bewussten, systematischen und selbständigen Civilpolitik unter Anwendung einer sachgemässen wissenschaftlich geprüften Methode verwenden würde!

Auch diesem Bande ist eine reichliche Förderung seitens meiner hochverehrten Lehrer in Berlin zu Theil geworden, und ich erfülle eine angenehme Pflicht, ihnen meinen herzlichsten Dank auszusprechen.

---

1) Merkwürdigerweise wird auch in der politischen Oekonomie die Lehre von der Kultur und ihrem Ziel, von dem Ideal als dem höchsten Gut ignorirt. Man erstrebt Etwas, aber was, darüber denkt man nicht. Grosse Anerkennung verdient dagegen das Interesse und die Aufmerksamkeit, welche die politische Oekonomie den methodologischen Fragen zuwendet. Das Ergebniss kann freilich in Folge der obigen Lücke nicht vollständig befriedigend ausfallen.

Inhaltsübersicht.

I. Theil.

Grundlegung.

II. Theil.

Zinsen.

Arten der Zinsen und ihre Höhe.

Voraussetzungen der Zinsenpflicht.

III. Theil.

Arbeitseinkommen. Honorar. Unternehmergewinn.

Arbeitseinkommen.

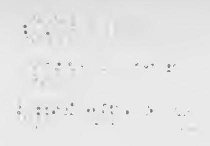
Anhang.

Berichtigungen.

Seite	37	Zeile	13	lies	„zu verschaffen“. statt „zu verschaffen (Incassomandat).“
„	47	„	23	„	„Käufer“ statt „Verkäufer“.
„	54	„	33	„	„mit“ statt „mit,“.
„	55	„	44	„	„Eink. B. I“ statt „Eink.“
„	56	„	22	„	„Fideicommissare“ statt „Fiduciare“.
„	297	Zeilen	6—10	sind zu streichen.	
„	312	„	8—13	„ „	„
„	350	Zeile	16	lies	„aber“ statt „oben“.
„	523	„	21	„	„spekuliren (vgl. auch Protokolle zum § 369 E. I)“ statt „spekuliren“.

I. Theil.

Grundlegung.



§ 1. Einleitung (Fruchtersatz und Fruchtgewinn).

Die Darstellung der civilrechtlichen Grundsätze, welche sich auf das Einkommen beziehen, muss in zwei Theile geschieden werden.

Der eine Theil umfasst die Regeln, nach welchen das Einkommen gewonnen wird (frui, fructus capere, fructus suos facere). Dahin gehören z. B. die Grundsätze darüber, von welchen Personen und durch welche Handlungen oder Thatsachen die das Einkommen bildenden Güter erworben werden, in welchem rechtlichen Zustande diese Güter gewonnen werden, ob z. B. das von einem verpfändeten Grundstück gewonnene Getreide selbst dem Pfandrecht unterworfen ist, etc.

Der andere Theil umfasst die Regeln, welche sich auf die Rückgabe des gewonnenen oder den Ersatz des gewinnbar gewesenen Einkommens beziehen (fructus perceptos vel qui percipi potuerunt praestare, restituere, reddere). Dahin gehören z. B. die Vorschriften darüber, welche Personen das von einem Kapital gewonnene Einkommen einer andern Person erstatten müssen, wie dieses Einkommen berechnet wird, welche Verantwortlichkeit denjenigen trifft, welcher für die gehörige Gewinnung des zu erstattenden Einkommens nicht sorgt etc.

Den ersten Theil der Einkommenslehre werden wir als „die Lehre vom Einkommenserwerb“, den zweiten als „die Lehre vom Einkommensersatz“ oder von der „Fruchterstattung“ bezeichnen.

Dass diese zwei Lehren grundverschiedenen Inhalt haben, ist schon aus dem oben Bemerkten zu ersehen. Ja, man kann nicht einmal sagen, dass sie sich auf denselben Gegenstand „das Einkommen“ beziehen. Nur das in beiden Fällen gebrauchte Wort „Einkommen“ ist den beiden Lehren gemeinsam. Dieses Wort

bedeutet aber zwei ganz verschiedene Begriffe, je nachdem es sich um den Erwerb oder um den Ersatz des Einkommens handelt. In letzterem Falle handelt es sich um einen abstrakten zu liquidirenden Inbegriff (universitas) von Aktiva (Bruttogewinn) und Passiva (Kosten), im ersteren um einzelne Güter (singula). Diese Güter können körperliche Sachen sein. Wenn wir z. B. sagen, dass der Niessbraucher eines Landgutes gewisse Früchte durch Perception zu Eigenthum erwirbt, so sind unter diesen Früchten einzelne körperliche Objekte zu verstehen. In diesem Falle tritt der Gegensatz zwischen den Früchten in der Lehre vom Einkommenserwerb und in der vom Einkommensersatz besonders anschaulich und scharf hervor. Uebrigens werden wir in der Lehre vom Erwerb der Einkünfte auch mit unkörperlichen Dingen zu thun haben. Wenn z. B. der Eigenthümer, der Niessbraucher ein Grundstück verpachtet oder ein Haus vermiethet, so sind die Pacht- und Miethszinsforderungen gleichfalls die von ihm gewonnenen Einkommensgüter, obgleich sie keine körperlichen Dinge sind. In den Fällen des Fruchtgewinnes durch Rechtsgeschäfte tritt der Gegensatz zwischen den Einkünften bei dem Erwerb und bei dem Ersatz der Früchte nicht so scharf und anschaulich hervor. Nehmen wir z. B. folgende 2 Fälle:

1. A. übergiebt dem B. sein Miethshaus zur Verwaltung und bekommt nach einem Jahre 1000 als das durch Vermiethung gewonnene Einkommen.
2. A. vermiethet dem B. sein Haus und bekommt nach einem Jahre 1000 als Miethszins.

Diese beiden Fälle sehen äusserlich sehr ähnlich aus, wie im Allgemeinen die Rechtsverhältnisse, welche den E r w e r b der Einkünfte durch Rechtsgeschäfte betreffen, eine gewisse Analogie mit den Verhältnissen, welche den Einkommens e r s a t z betreffen, aufweisen. Damit wir in der weiteren Darstellung die beiden verschiedenen Erscheinungen nicht vermengen, wollen wir betonen, worin sie sich unterscheiden. Die wesentlichen Unterschiede sind folgende:

1. Im ersten Beispiele, in welchem der Verwalter 1000 als pensiones perceptae (vel quae percipi debuerunt) ersetzt, bildet diese Summe den Unterschied zwischen dem Bruttogewinn an Miethszinsen und den Einkommensverwendungen, d. h. das reine Einkommen. Der Verwalter des Hauses hat vielleicht 1500 an Miethszinsen in brutto gewonnen, er hat aber auf Reparaturen,

Steuern, Kontraktskosten etc. 500 verausgabt, darum erstattet er seinem Principal nur 1000.

Im zweiten Beispiel (der Miether zahlt 1000 als Miethszins) bilden 1000 für den Hausbesitzer sein Brutto-Einkommen vom Hause. Wenn das Haus ihm jährlich 200 Kosten verursacht, so wird er nur 800 Reineinkommen haben.

2. Im ersten Falle, d. h. im Falle des Ersatzes des gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Einkommens, wird die geschuldete Summe nach o b j e k t i v e n U m s t ä n d e n e r m i t t e l t. Der Verwalter würde nicht 1000, sondern vielleicht nur 100 zu erstatten haben, wenn er ohne seine Schuld das Haus während eines Theils des Jahres gar nicht hätte vermiethen können. Er hätte vielleicht 2000 zu zahlen, wenn er das Haus besonders vortheilhaft und dauernd vermiethet hätte.

Im zweiten Falle, wo es sich gar nicht um die Erstattung des gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Einkommens handelt, ist nichts nach objektiven Umständen zu ermitteln und zu berechnen. Zwischen dem Vermiether und dem Miether wurde nach den Grundsätzen der Kontraktsfreiheit vereinbart, dass für das Jahr der Miethe 1000 als Miethszins (certa merces) zu zahlen seien. Was der Miether seinerseits vom Hause gewonnen hat, ist gleichgiltig. Vielleicht hat er durch Aftermiethe 2000 gewonnen. Immer zahlt er nur den bedungenen Miethszins. Er braucht das von ihm gewonnene oder gewinnbar gewesene Einkommen vom Hause nicht zu erstatten. Im Gegentheil, er hat sich das Recht erkauft, dieses für sich zu gewinnen und zu behalten. Für diesen Vortheil bezahlt er 1000, welches für ihn kein Einkommen, sondern nur eine Ausgabe ist. Auf die Miethszinsschuld des Miethers werden auch keine Regeln über die Fruchtprästation angewendet. Im Falle des Verzuges sind davon Zinsen zu prästiren etc.

Eine eigenthümliche Illustration des Gegensatzes zwischen der Erstattung des gewonnenen Einkommens und der Bezahlung eines vereinbarten Aequivalents für das Recht, Einkommen für sich zu gewinnen, enthält die l. 47 § 1 D. de iure fisci 49, 14:

Aemilius Ptolemaeus conduxerat a fisco possessionem eamque paulatim pluribus locaverat maiore quantitate quam ipse susceperat: conveniebatur a procuratoribus Caesaris in eam quantitatem quam ipse perciperet. hoc iniquum et inutile fisco videbatur, ut tamen suo periculo ipse eos quibus locaverat conveniret: ideoque pronun-

tiavit in eam solam quantitatem eum conveniri debere, qua ipse conductor exstiterat.

Die übereifrigen procuratores Caesaris wollten in diesem Falle die Forderung auf die vereinbarte certa pensio in einen Anspruch auf die Erstattung des von dem Pächter durch die Afterverpachtung gewonnenen Einkommens willkürlich verwandeln. Mit Recht hat man entschieden, dass das inutile fisco und iniquum wäre. Der Zweck und Sinn der Pacht besteht eben darin, dass der Pächter das gewonnene Einkommen, welches im normalen Falle mehr als der Pachtzins beträgt, nicht zu erstatten braucht, sondern für sich behält. —

Mit den Erscheinungen des Einkommensersatzes sind ferner diejenigen Fälle nicht zu vermengen, in welchen Jemand Erträgnisse einer Sache leistet, ohne dass die Sache das Kapital des Rechtsverhältnisses bildet. Z. B. Jemand verkauft alle Produkte, welche er im Herbste von seinem Grundstücke gewinnen wird (venditio rei futurae). Die Leistung dieser Produkte hat nichts mit der Erstattung des gewonnenen Einkommens zu thun. Zwischen dem Käufer und Verkäufer gilt die Masse der Produkte als res emptae, venditae, d. h. als Kapital des Verhältnisses.

Dagegen wenn Jemand ein Grundstück verkauft und das nach dem Verkauf noch gewonnene Einkommen davon leistet (fructus rei venditae), so haben wir einen Fall des echten Einkommensersatzes. Im Allgemeinen kann von der Fruchterstattung im technischen Sinne nur in den Fällen die Rede sein, wo Jemand auf Grund eines Kapitalanspruches das vom Kapital gewonnene oder gewinnbar gewesene Einkommen beansprucht. Die Entstehung des Fruchtersatzanspruches im technischen Sinne setzt immer das Bestehen eines Anspruches auf das Kapital voraus.

Die obigen Bemerkungen betrachten wir als genügend, um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen und zur sichern Unterscheidung der Einkommensersatzfälle von den ihnen äusserlich ähnlichen Erscheinungen zu gelangen. Durch diese Bemerkungen haben wir auch nichts Neues ausgesprochen, sondern nur der Sicherheit wegen dasjenige noch einmal hervorgehoben, was sich aus dem im ersten Bande aufgestellten Fruchtbegriff von selbst ergiebt. Wenn wir nicht vergessen, welche persönlichen Verhältnisse vorhanden sein müssen, damit eine Masse Getreide oder eine Summe Geld zwischen zwei Personen als Frucht behandelt werde, so können wir immer mit Sicherheit unterscheiden, ob im

betreffenden Fall der Ersatz des gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Einkommens oder eine andere Erscheinung vorliegt.

Im vorliegenden Theile der Lehre vom Einkommen beschäftigen wir uns mit der Lehre von der Erstattung des Einkommens, vom Einkommensersatz. Die Lehre vom Gewinn des Einkommens kommt erst im dritten Bande zur Darstellung. Viel natürlicher wäre eine umgekehrte systematische Ordnung: zunächst die Lehre vom Gewinn des Einkommens, dann diejenige vom Einkommensersatz; zunächst wird das Einkommen gewonnen, erst dann kann es einem andern restituirt werden. Auch vom Standpunkt ihrer social-wirthschaftlichen Bedeutung aus verdient die Lehre vom Einkommenserwerb entschieden den Vorrang vor der Lehre vom Einkommensersatz. Die civilrechtlichen Grundsätze über den Erwerb des Einkommens bilden den wesentlichsten und wichtigsten Theil des Civilrechts, ja der ganzen Rechtsordnung. Die grösste Socialfrage, welche man gewöhnlich als die Socialfrage schlechthin zu bezeichnen pflegt, ist nichts weiter als der Kampf um die Grundsätze der Vertheilung des Volkseinkommens zwischen den einzelnen Mitgliedern des Volks, d. h. um die Grundsätze des Erwerbes des Privateinkommens. Dies ist der grosse Kampf zwischen dem fructus und quaestus. Diese beiden Ausdrücke enthalten an sich ein Bild der kapitalistischen Weltordnung und die Ursachen des Kampfes. Fructus, frui bedeutet den Genuss, die gesicherte und beständige Befriedigung von Bedürfnissen auf Grund des Kapitalbesitzes. Quaestus, quaerere bedeutet das Ringen und Suchen nach den Mitteln der Befriedigung der Bedürfnisse. Durch das Wort fructus sind alle Vortheile der Lage der Besitzenden, durch das Wort quaestus alle Nachtheile der Lage der Nichtbesitzenden bildlich angedeutet. Die civilrechtlichen Grundsätze über den Erwerb des fructus, des Kapitaleinkommens, und diejenigen über den Erwerb des quaestus, des Arbeitseinkommens, bilden die Quintessenz der gegenwärtigen Menschenweltordnung und den wesentlichen Punkt des Socialkampfes. In der Lehre vom Einkommenserwerb werden wir auch mit vielen andern Fragen zu thun haben, welche zwar für das Verhältniss zwischen dem Einkommen vom Kapital und dem Arbeitseinkommen keine unmittelbare Bedeutung haben, aber doch von der grössten Wichtigkeit vom social-politischen Standpunkt aus sind. Als Beispiel wollen wir hier den Zinsenwucher erwähnen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit (sog. freie

Konkurrenz), welcher den Erwerb vom Einkommen beherrscht, führt dahin, dass der Kapitalist sich übermässiges Zinseneinkommen auf Kosten seiner Mitmenschen verschaffen kann. In welcher Weise gegen die Ausbeutung im Gebiete des Zinsennehmens gekämpft wurde und jetzt gekämpft wird, und welche Mittel als die richtigen in dieser Hinsicht erscheinen, dies sind alles Fragen, welche eine sorgfältige, eingehende und schwierige Untersuchung erfordern. Aehnliche Bedeutung haben z. B. die Fragen des Pachtzinswuchers, der Parcellenpacht etc.

Gerade darum aber, weil die Lehre vom Erwerb des Einkommens eine Masse von höchst wichtigen und schwierigen Fragen zu erörtern hat, für welche ein viel umfangreicheres Material herbeigeschafft werden muss, als uns unsere römischen Rechtsquellen bieten, haben wir vorgezogen, zunächst die Lehre vom Einkommensersatz zu erledigen. Ausserdem bildet die Lehre vom Ersatz des Einkommens eine nothwendige Fortsetzung und Vervollständigung der im ersten Bande begonnenen Untersuchung über den Begriff des reinen Einkommens. Dort haben wir viele Fragen in Bezug auf die Ermittelung des reinen Einkommens nur angedeutet, andere gar nicht berührt. Erst im Zusammenhang mit der Lehre vom Ersatz des Einkommens können diese Fragen gelöst und kann auf diese Weise die Bestimmung des civilrechtlichen Begriffs des Reineinkommens vollendet werden.

Fälle des Fruchtersatzes.

§ 2. A. Geschichtliche Vorbemerkung.[1]

I. Die materiellen Regeln des Fruchtersatzes wurden durch die römische Jurisprudenz hauptsächlich im Gebiete der freien Klagen (im Gegensatz zu den stricti iuris act.) entwickelt. Eine besonders wichtige Rolle haben hier die bonae fidei iudicia gespielt. Wenn dem Richter eine Klage mit der Formel überwiesen wurde, welche zwar die Früchte nicht ausdrücklich erwähnte, wohl aber die intentio enthielt: — quicquid ob eam rem NN^um^ AA° dare facere oportet ex fide bona . . ., quantum aequius et melius est dari u. dgl. —, so konnte er auch die Früchte berücksichtigen, falls sie nach seinem Ermessen zu den auf diese Weise charakterisirten Leistungen gehörten. Darum heisst es:

In ceteris quoque bonae fidei iudiciis fructus omnimodo praestantur (l. 38 § 15 D. de usur. 22, 1).

Analogen Aussprüchen begegnet man insbesondere auch in Bezug auf die Zinsen:

Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari et ita . . . et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus (l. 34 D. de usur. 22, 1).

Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur (l. 1 pr. eod.).

In der speciellen Anwendung auf den Verzug:

---

1) Vgl. Savigny Syst. B. V. Beyl. XIII No. 3; Wächter, Erörterungen Heft 2. S. 43 fg.; Windscheid I § 46 N. 4 und die dort citirte Literatur über die b. f. actiones und condictiones; Dernburg I § 131.

In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur (l. 32 § 2 eod.).

Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent (l. 2 C. dep. 4, 34).

Uebrigens bildeten die bonae fidei iudicia nur das wichtigste, aber nicht das einzige Gebiet, wo die Lehre vom Fruchtersatz sich frei entwickelte, d. h. durch formelle Hindernisse nicht gehemmt wurde. Dahin gehören auch alle anderen Klagen ausser denen, bei welchen der Richter an die strikte Interpretation der Formel gebunden war, d. h. ausser den stricti iuris iudicia.

So wurde Prästation der Zinsen und anderer Früchte bei den Fideicommissen, welche zum Gebiet des ius strictum nicht gehörten (extraord. cogn.), nicht beanstandet (Gai II § 280).

Die freie Interpretation der Formel in Bezug auf den Fruchtersatz fand auch bei den formulae petitoriae statt.[1] Dasselbe gilt für die actiones und interdicta des ius honorarium.[2] Besonders charakteristische Zeugnisse darüber enthält die l. 38 D. de usur. 22, 1.

In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum „restituas", quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur (l. 38 § 4 cit.).

Et ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto unde vi, etiam fructus sunt restituendi (§ 5 eod.).

Item si vi metusve causa rem tradam, non aliter mihi restituisse videtur, quam si fructus mihi restituat (§ 6 eod.).

Bei den prätorischen Klagen mit Fiktionen und Umstellungen der Subjekte hing die Frage natürlich davon ab, welche intentio in dieser Weise auf den Fall angepasst wurde. Wenn z. B. eine stricti iuris actio gegen den capite minutus mit der Fiktion: „si NN^{us} capite minutus non esset" gegeben wurde, so bestimmte sich der Umfang und Inhalt des Anspruches nach den Regeln der entsprechenden stricti iuris actio. Anders bei der actio Publiciana.

1) Vgl. Petražycki, Fruchtvertheilung S. 94 fg.
2) Ueber die Früchte bei der a. redhibitoria (aus dem edictum aedilium curulium) vgl. l. 23 § 9 D. de aed. ed. 21, 1.

II. Was die actiones stricti iuris angeht, so ist zu unterscheiden:

1. Actio ex testamento. Bei Legaten wurde ursprünglich keine Fruchtprästation oder jedenfalls keine Zinsenprästation zugelassen:

Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit, legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto Hadriani significatur (Gai II 280).

Indessen wurden die freien Regeln der Fideicommisse (extraordinaria cognitio) allmählich auch auf Legate übertragen. Zunächst geschah dies beim legatum sinendi modo auf Grund der Autorität von Julianus:

Scio tamen Juliano placuisse, in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video (eod.).

In der späteren klassischen Zeit ist die Meinung von Julian auch auf andere Legate ausgedehnt worden. Paulus (S. III, 8 § 4) sagt ganz allgemein:

Ex mora praestandorum fideicomissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt.[1]

2. Die Kondiktionen aus Kontrakten (mutuum, stipulatio). Die Zinsenprästation bei diesen Klagen wird nirgends bestätigt. Im Gegentheil heisst es:

in qua quaestione si depositi actio non teneat cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est (l. 24 D. dep. 16, 3).

pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi (l. 24 D. praescr. verb. 19, 5).

quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt . . . (l. 3 C. de usur. 4, 32).

Eine analoge Regel galt ursprünglich auch in Bezug auf die Früchte bei der condictio rei certae und der actio (incerti) ex stipulatu. Sabinus und Cassius haben indessen eine weniger formalistische Meinung zur Geltung gebracht, nämlich, dass wenn nicht nach dem Verzug, so jedenfalls nach dem Prozessbeginn die Früchte zu prästiren sind.

1) Vgl. l. 34 D. de us. 22, 1; l. 23 D. de leg. 30; Salkowski in Glück's Kommentar B. 49 S. 426 fg.

Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici (l. 38 § 7 D. de usur. 22, 1).[1]

Oft bezieht man die Regel, wonach der Schuldner aus einer Stipulation bis zum Prozessbeginn von der Fruchtprästation frei ist, nur auf diejenige Stipulation, welche auf das dare rem certam gerichtet ist. Eine stipulatio incerti schliesse dagegen die Fruchtprästation nicht aus.[2] Diese Unterscheidung ist durch die Quellen nicht begründet. Die oben angeführten Stellen sprechen ganz allgemein. Nur soviel ist richtig, dass bei Stipulationen auch vor dem Prozessbeginn die Fruchtprästation möglich ist. Entscheidend ist hier aber nicht die genaue Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Gegenstandes, sondern der Umstand, ob die Fruchtprästation eben zum Inhalt der versprochenen Leistung gehört oder nicht. Durch die Stipulation kann man Verschiedenes versprechen, auch die Fruchtprästation. Wenn diese versprochen ist, so muss selbstverständlich auch dieses Versprechen erfüllt werden. Es sind aber zwei grundverschiedene Fragen: 1) Ob die Parteien die Fruchterstattung zum Gegenstand der Stipulation gemacht haben; und 2) ob nach den Grundsätzen des Rechtes die Früchte vom Gegenstand der Stipulation zu prästiren sind.

Beispiele von Stipulationen, welche auch das Versprechen der Fruchtprästation enthalten, sind besonders in dem Gebiete der Kautionen und der Bürgschaften zahlreich, z. B. die cautio rem pupilli salvam fore enthält das Versprechen, dass das Vermögen des Mündels ordnungsmässig nach den Grundsätzen der tutela verwaltet und seine (des Mündels) Ansprüche aus der tutela werden befriedigt werden. Zur Verwaltung gehört aber vor allem die Gewinnung des Einkommens. Durch die cautio rem salvam fore wird auch die Befriedigung des Einkommensanspruches ebenso wie aller andern Ansprüche aus der tutela garantirt (l. 1. 9. 11 D. rem pup. 46, 6). Daher heisst es:

Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit, certum est et fructuum

---

1) Vgl. l. 8 D. de re iud. 42, 1; l. 22 D. de donat. 39, 5.

2) Vgl. Mommsen, Beiträge 3 S. 229 N. 11; idem Erörterungen, 1. Heft S. 34 fg.

nomine et usurarum medii temporis tam fideiussores eius quam ipsum teneri (l. 10 eod.).

Dasselbe wird in Bezug auf die cautio legatorum servandorum hervorgehoben:

Bellissime quaeritur, an haec stipulatio incrementum ex fructibus vel usuris sentiat. et recte placuit ex mora incrementum habituram stipulationem, ut id quod oportebit conprehendat (l. 1 § 13 D. ut leg. seu fid. 36, 3).

Desgleichen kann sich die Fruchtprästation aus folgenden allgemeinen Stipulationen ergeben: „In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes;“ „Indemnem me praestabis“, „Quod ex vendito debebis, dare facere promittis?“ [1] etc.

In allen diesen Fällen handelt es sich nicht um die Rechtsfrage, ob die Früchte bei stip. incerti prästirt werden, sondern um die Interpretationsfrage, ob die Früchte stipulirt sind oder nicht. Von diesem Standpunkt sind die zwei berühmten sich widersprechenden Stellen von Pomponius und Papinianus über die Fruchtprästation bei der stipulatio vacuam possessionem tradi zu beurtheilen.[2]

---

1) l. 54 pr. D. loc. 19, 2; l. 3 § 1 D. de adm. rer. 50, 8; l. 68 § 1 D. de fideiussor. 46, 1; l. 5 C. de pact. int. empt. 4, 54.

2) l. 3 § 1 D. de act. empti 19, 1 von Pomponius lautet:

Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat. fructus non venient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipularetur. vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur, nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur, neque rursus plus debet esse in stipulatione. sed ex empto superesse ad fructuum praestationem.

Eine entgegengesetzte Entscheidung giebt Papinian in l. 4 pr. D. de usur. 22, 1:

Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba (d. h. vacuamque possessionem tradi) consecuturum te ratio suadet. an idem de partu ancillae responderi possit. considerandum est. nam quod ad verba superiora (d. h. rem dari) pertinet, sive factum rei promittendi (d. h. factum tradendi) sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur: verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur, sed tamen propter illa verba „vacuamque possessionem tradi“ potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset (Vgl. Lenel, Paling. fr. 333).

Ueber diese Antinomie sind verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Einige schliessen daraus, dass die römischen Juristen über die Fruchtprästation bei der actio incerta ex stipulatu uneinig waren. Andere, dass die actio incerta ex stipulatu die Fruchtprästation mit sich bringt, dass aber Pomponius die stipulatio „vacuam possessionem tradi“ für eine stipulatio certi hielt. (Vgl. Savigny V. S. 619; Mommsen Beiträge III S. 229 Anm. 11). Die

3. Condictiones sine causa (Bereicherungsklagen). Diese gehen im Allgemeinen auf die Restitution des Kapitals mit

---

beiden Meinungen sind unrichtig. Insbesondere ist die zweite Annahme, nach welcher Pomponius eine stipulatio, welche auf das factum rei promittendi gerichtet ist, für eine stipulatio certi gehalten haben sollte, ganz unwahrscheinlich.

Im Gegentheil beweisen beide Stellen übereinstimmend die Rechtsregel, dass bei der a. incerti ex stipulatu keine Prästation der Einkünfte vom Gegenstand der Stipulation stattfand. Die beiden Stellen enthalten aber widersprechende Ansichten über eine andere Frage, nämlich, ob die Stipulationsworte „vacuam possessionem tradi“ das Versprechen der Früchte mitenthalten, ob sie die Früchte zum Gegenstand der stipulatio selbst machen. Pomponius entscheidet, dass die betreffenden Worte das Versprechen der Früchte nicht enthalten (nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur). Er findet eine andere Interpretation des Kontraktes unbegründet und unnöthig. Unnöthig, weil der Käufer ohne die künstliche Hilfe, welche ihm durch die entgegengesetzte Auslegung gewährt würde, die ihm aus dem Kaufkontrakt gehörenden Früchte eben durch die actio empti fordern kann (neque rursus plus debet esse in stipulatione. sed ex empto superesse ad fructuum praestationem).

Anders versucht Papinian dieselben verba stipulationis auszulegen. Um seine Ausführung zu verstehen, muss man berücksichtigen, dass die Worte „rem dari“ die Uebertragung des Eigenthumsrechtes bedeuten, wobei die Inhabung der Sache und deren Bewirthschaftung dem Veräusserer belassen werden kann (mancipatio in diesem Jahre — vacuae possessionis traditio im nächsten); dagegen die Worte „vacuam possessionem tradi“ die thatsächliche Uebergabe der Wirthschaft, nicht immer aber die Gewährung des Eigenthumsrechtes bedeuten (der Verkäufer ist bekanntlich zu dem „rem dari“ nicht verpflichtet; dies ist der Sinn der Worte: verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse [d. h. rem dari im technischen Sinne] quam iudicio empti praestare compelleretur). Der Sinn der vielfach missverstandenen Ausführung von Papinian ist demnach: die letzteren Worte (inferiora verba) der Stipulation: „rem dari vacuamque possessionem tradi“ enthalten das Versprechen, dass der Gläubiger die Wirthschaft in die Hände bekommen, somit auch das Einkommen gewinnen soll. Es fragt sich, wie in Bezug auf das Sklavenkind zu entscheiden sei, wenn eine Sklavin stipulationsweise versprochen ist. Was die ersten Worte (d. h. rem dari) betrifft, so enthalten sie das Versprechen des partus nicht (partus non continetur), obgleich sie unter Umständen auch das factum tradendi mitenthalten. Freilich, wenn ein Käufer zum Zweck der Novation auf diese Weise „rem dari“ stipulirt, so ist namentlich die thatsächliche Uebergabe zum Zweck der Ausnutzung gemeint, weil der Verkäufer zum „rem dare“ im technischen Sinne nicht verpflichtet ist. Jedenfalls aber begründen die Worte „vacuamque possessionem tradi“ für jeden Stipulanten, nicht nur für den Käufer, den Anspruch auf das Sklavenkind.

Aus der Entscheidung ist also gerade der entgegengesetzte Schluss zu ziehen, als der, welchen man gezogen hat. Sie bezeugt am besten, dass bei der actio incerti ex stipulatu de iure nur das, was versprochen wurde, zu prästiren ist, nicht aber die Früchte davon. Wenn eine entgegengesetzte Regel existirte, würde man nicht in die Worte „vacuam possessionem tradi“ das Versprechen der Früchte auf die obige künstliche Weise hinein zu interpretiren brauchen. Dann bekäme der Gläubiger die Früchte auf Grund der Rechtsregel, auch wenn sie durch die Fassung der Stipulation nicht als mitversprochen erscheinen.

Was die verschiedene Interpretation der Worte „vacuam possessionem tradi“ bei Pomponius und Papinianus betrifft, so ist zu sagen, dass die strikte

den Früchten (quod rei solutae accessit, venit in condictionem ... immo et fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in condictionem venient, l. 15 pr. D. de cond. ind. 12, 6). Indessen giebt es zwei Stellen, welche die Zinsenprästation bei der cond. indebiti und ob turpem causam ausdrücklich verneinen:

Quotiens accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa, licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, non etiam usurae peti possunt (l. 4 C. de cond. ob turp. c. 4, 7).

Usuras autem eius summae (sc. pecuniae indebite solutae) praestari tibi frustra desideras: actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est (l. 1 § 1 C. de cond. ind. 4, 5).

Welche Tragweite haben diese Stellen? Sind diese Entscheidungen auf die dort ausdrücklich vorgesehenen Verhältnisse (turpis causa, indebiti solutio) zu beschränken, oder auf alle Arten der Bereicherungsklagen auszudehnen? Die Antwort hängt davon ab, wie man den Grund der beiden Entscheidungen bestimmt. Die herrschende Erklärung lautet sehr einfach. Man nimmt an, dass im Falle eines ungerechtfertigten Ueberganges einer Geldsumme diese Summe mittels der condictio certi eingeklagt werden muss, ebenso wie beim Gelddarlehn. Die Formel dieser Klage aber enthielt eine condemnatio certae pecuniae:

Si paret NN^{um} AA^{o} sestertium X milia dare oportere, iudex NN^{um} AA^{o} sestertium X milia condemna, si non paret absolve.[1]

Auslegung von Pomponius der bei den römischen Juristen üblichen Weise der Auslegung von Stipulationen entspricht.

Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere (l. 99 pr. D. de verb. obl. 45, 1 Celsus).

Auch wenn der Schuldner auf Grund irgend welcher Rechtsverhältnisse (z. B. venditio, mandatum, pignus etc.) die Sache und die Früchte restituiren sollte, und der Gläubiger „rem restitui“ stipulirte, so konnte durch die Stipulationsklage nur die Sache gefordert werden. Wenn die Parteien die Fruchtprästation in die stipulatio aufnehmen wollten, so konnten sie dies ja leicht erreichen: „quicquid ex mandato debebis“, „quicquid ex vendito dare facere oportebit“ etc. Um die Ueberführung der Nebenprästationen in die Stipulation zu erleichtern und bequemer zu machen, hat man auch kurze Klauseln erfunden, welche den entsprechenden Parteiwillen signalisiren sollten:

Haec verba in stipulatione posita: „eam rem recte restitui“ fructus continent: „recte“ enim verbum pro viri boni arbitrio est (l. 73 D. de V. S. 50, 16).

Die Stelle enthält, nebenbei bemerkt, eine schlagende Bestätigung der oben aufgestellten Sätze, wonach die Forderung aus der stipulatio de iure sich nur auf das wirklich Versprochene erstreckt, und wonach die freie Auslegung des vermuthlichen Parteiwillens, wie sie Papinian versucht, als eine singuläre Erscheinung zu betrachten ist.

1) Vgl. Lenel, Edictum S. 187.

Der Richter konnte also offenbar zu einer Zinsenprästation nicht verurtheilen.[1]

Diese Argumentation, wenn wir die Hauptprämisse (wonach die Klage immer cond. certi ist) zugeben, scheint uns logisch zwingend zu sein. Insbesondere kann dagegen nicht eingewendet werden, dass der Kläger im Voraus die Summe der Zinsen in die certa intentio und condemnatio einschliessen konnte, und dass darum die Formelkonception der cond. certi keine Bedeutung für die Zinsenfrage haben konnte.[2] Dieser Einwand scheint uns aus doppeltem Grunde unrichtig zu sein: a) Wie wir uns in der Zinsenlehre überzeugen werden, wird die Summe der zu prästirenden Zinsen nach römischem Recht von dem Richter nach den objektiven Umständen in jedem konkreten Fall unter Berücksichtigung der ganzen Geschichte des Kapitals bei dem Schuldner bestimmt, wobei der Beweis und das Schätzungsermessen des Richters eine grosse Rolle spielten. Darum war die Zinsensumme (die stipulirten usurae certae interessiren uns hier nicht) niemals im Voraus ein certum. Aber auch dann, wenn wir mit der herrschenden Lehre annehmen, dass die sogenannten gesetzlichen Zinsen nach römischem Recht immer den landesüblichen Zinsen gleich sind, wenn kein Specialgesetz vorliegt, welches für den betreffenden Fall einen andern Zinsfuss bestimmt, so darf man nicht vergessen, dass auch der landesübliche Zinsfuss nach dem römischen Recht ein incertum ist, da die Ermittelung desselben erst durch den iudex geschieht und vom Kläger nur ungefähr, nur annähernd vorausgesehen werden kann. b) Auch wenn wir die obigen Umstände ausser Acht lassen und z. B. annehmen, dass seit dem Anfange des Verzuges oder Prozessbeginnes immer 5 % zu berechnen wären, so ist auch dann die Summe der zu prästirenden Zinsen vor Fällung des Urtheils immer ein incertum. Der Kläger weiss ja nicht, an welchem Tag das Urtheil gefällt werden wird. Die Summe der geschuldeten Prozess- und Verzugszinsen wechselt ja jeden Tag. Kurz, von einer in iure vorzunehmenden Einschliessung der Zinsensumme als eines certum in die condemnatio certae pecuniae kann kaum die Rede sein. Die Summe der zu prästirenden Zinsen ist ein incertissimum (wie im Allgemeinen die Summe der Einkommensschuld).

Indessen vermag uns auch die herrschende Lehre nicht zu befriedigen. Zunächst ist die Thatsache zu berücksichtigen, dass die beiden Kodexstellen sich nicht auf die p e c u n i a data beschränken, sondern viel allgemeiner sprechen (ea sola q u a n t i t a s repetitur ...; datum condici tantum, non etiam usurae peti possunt). Vom Standpunkt der gemeinen Lehre würde man sagen, dass die beiden Entscheidungen nur an die Geldsummen denken und nur schlecht redigirt sind, weil nach der herrschenden Lehre die Zinsenpflicht (zu sogen. gesetzlichen Zinsen) überhaupt nur bei Geldschulden in Betracht kommen kann. In der Lehre von den Zinsen werden wir uns überzeugen, dass die Beschränkung der Zinsenpflicht auf die Geldschulden ein Irrthum ist. Darum haben die beiden Stellen eine ganz andere Tragweite, als ihnen zugeschrieben wird. Darum kann auch die Argumentation aus der certa condemnatio nicht befriedigen. Aber auch abgesehen davon ist die herrschende Lehre unhaltbar. Zunächst ist es als ein Widerspruch zu bezeichnen, wenn gleichzeitig behauptet wird, a) dass die condictio indebiti wegen der Formelkonception sich unmöglich auf die Zinsen erstrecken kann; b) dass der Kläger mittels der condictio indebiti etc. nicht die ganze gegebene Summe erlangt, sondern nur soviel, um wie viel der Beklagte bereichert ist.[1] Eins von beiden kann nur stattfinden, entweder ist der Richter an die condemnatio certae pecuniae gebunden (dann ist die Behauptung zu b unrichtig), oder er ist nicht gebunden (dann ist die Behauptung zu a unrichtig). Auch wenn wir annehmen, dass der Richter zwar formell an die condemnatio certae pecuniae gebunden war, dass er aber materiell die Schranke derselben unschädlich machen und dem Kläger thatsächlich etwas Anderes als die certa pecunia der Formelkondemnation dadurch verschaffen konnte, dass er vor dem Urtheil verschiedene Leistungen oder Kautionen den Parteien auferlegte,[2] so verstehen wir nicht, warum bei Richtigkeit dieser Annahme nicht auch die Zinsenprästation sich in den Prozess einschleichen konnte. Indessen widerspricht u. E. jene Annahme selbst dem Wesen des alten Prozesses stricti iuris, den strengen Regeln über die plus petitio, dem Institut der stipulatio tertiae partis etc. Insbesondere verlören die Regeln über die plus petitio und stipulatio tertiae partis ihren vernünftigen Sinn, wenn die condictio certi nicht nur für diejenigen Ansprüche bestimmt wäre, deren Summe im Voraus liquid

---

1) Vgl. Savigny V S. 141 fg.; Windscheid II § 424 N. 2; Dernburg II § 140 N. 8.

2) So Pfersche, Bereicherungsklagen, S. 13.

1) Vgl. z. B. Windscheid II § 424 N. 2 mit N. 3 eod.

2) Vgl. Pfersche a. a. O.

ist, wobei es sich nur darum handelt, ob der Kläger oder der Beklagte mit Unrecht eine Thatsache behauptet oder leugnet. Welcher Unterschied wäre dann ferner zwischen der condictio certi und incerti? Welchen Sinn hätte die Formel selbst: si paret decem dare oportere, decem condemna, si non paret, absolve? Man sollte doch meinen, dass nach dieser Formel ein non paret decem dare oportere sich ergiebt, wenn der Beklagte zwar zehn sine causa bekommen, aber acht ohne seine Schuld verloren hat. Dagegen kann die Annahme, dass der Richter den Parteien mittheilte, er werde zu decem nur dann verurtheilen, wenn der Kläger dem Beklagten acht bezahlt oder sicher stellt, nichts helfen. Wenn einer Klage ein Verwendungsanspruch oder eine Kompensationseinrede entgegenstehen, so liegen die Verhältnisse anders; denn iure civili bleibt die intentio richtig, unabhängig davon, ob ein Gegenanspruch vorhanden ist oder nicht. In unserm Falle handelt es sich aber um die Minderung des Anspruches selbst in Folge des Wegfalls der Bereicherung. Wie kann man das „non paret decem dare oportere" in das paret dadurch verwandeln, dass der Kläger dem Beklagten etwas leistet? Die Annahme einer solchen Wiederherstellung des paret tot dare oportere beruht sicher auf einem Irrthum. Dabei übersieht man, dass ein solches wiederhergestelltes paret decem dare oportere auf zwei causae beruhen würde, nicht aber auf der causa qua de agitur. Ebenso könnte der Darlehnsgläubiger decem dare oportere behaupten und nachher, wenn es sich erweist, dass seine Behauptung einfach eine Lüge ist, weil er nur fünf zum Darlehn gegeben hat, nunmehr, um die Folgen der plus petitio zu vermeiden und das decem dare oportere wieder herzustellen, dem Schuldner fünf nachleisten. Dies ist aber unmöglich, weil es sich darum handelt, ob decem dare oportere ex causa, qua de agitur, paret.

Wir bleiben also bei dem einfachen und klaren Sinne der Formel der condictio certi und bei dem ebenso klaren und einfachen Sinne des Berichtes von Gaius über die Bedeutung der certa condemnatio stehen:

Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit (Gaius IV, 52).

Wir stehen jetzt vor dem Dilemma: Falsch ist entweder der Satz, dass bei Geldsummen der Wegfall der Bereicherung den Anspruch des Kondiktionsberechtigten mindert, oder der Satz, wonach der ungerechtfertigte Uebergang einer Geldsumme immer mit der condictio certi rückgängig gemacht werden muss.

Bekanntlich ist nun die Frage, ob der Wegfall der Bereicherung bei Geldsummen den Anspruch des Kondiktionsberechtigten mindert, bestritten. Der herrschenden Lehre steht eine andere Theorie entgegen, wonach der Wegfall der Bereicherung bei Quantitäten vertretbarer Sachen keinen Einfluss auf den Kondiktionsanspruch ausüben kann, weil der Empfänger ein Genusschuldner ist, somit auch das periculum ihn treffen muss. Das nähere Eingehen auf diese Streitfrage würde uns zu weit führen. Wir glauben, dass die von Mandry (im Arch. für civil. Pr. 48 S. 220 fg.) gegen die Theorie der Genusschuld angeführten Gründe durchschlagend sind.[1] Wie man aber auch darüber denken mag, jedenfalls stehen der Theorie der nothwendigen condictio certi beim ungerechtfertigten Uebergang einer Geldsumme und der entsprechenden Erklärung der Zinsenfreiheit des Schuldners grosse Schwierigkeiten entgegen. Tryphoninus sagt in der l. 16 D. de d. i. v. et u. 24, 1:

Quid ergo si ex centum, quae vir uxori donavit, quinquaginta apud debitorem ex his perierint et alia quinquaginta duplicata usuris uxor habet? non plus quinquaginta eius donationis nomine maritus ab ea consequetur.

Es ist nun auffallend, wie der Jurist die Frage aufwerfen kann, ob der Mann durch die Kondiktion der an die Frau geschenkten Summe die Zinsen erlangt. Hat er denn die Thatsache vergessen, dass nicht nur nicht der Ehemann bei der Rückforderung der geschenkten Summe, sondern überhaupt kein Kondicent einer bestimmten Geldsumme die Zinsen erlangen kann? Das ist ja durch das Wesen der betreffenden Klage an sich absolut ausgeschlossen. Auch Julian und Ulpian scheinen die von der herrschenden Lehre vertretenen Grundsätze nicht gekannt zu haben. So sagt Ulpian in der l. 15 eod.:

Si maritus uxori pecuniam donaverit eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur. haec ita Julianus in marito libro octavo decimo digestorum scribit.

Die Thatsache, dass Julian besonders den Satz vertreten hat, wonach die Zinsen mit der Kondiktion der unter Ehegatten geschenkten Summe nicht gefordert werden können, und dass Ulpian für diesen Satz sich auf die Autorität von Julian beruft, beweist

1) Vgl. noch unten und l. 42 § 1 D. s. m. 24, 3.

geradezu, dass in der herrschenden Lehre irgend ein Irrthum stecken muss. Ebenso sagt Ulpian in der l. 17 eod.: et Julianus significat fructus quoque ut usuras licitam habere donationem. Die Zinsenfreiheit beruht hier also auf einem besonderen Grunde, welcher nicht nur die Zinsen, sondern überhaupt jede Fruchtprästation ausschliesst. — Die angeführte Stelle von Tryphoninus (l. 16 D. eod.) beweist aber ferner, dass auch die Theorie, wonach der ungerechtfertigte Gewinn einer Geldsumme eine Genusschuld begründet, nicht zutrifft. So lange die Frau den in der Stelle erwähnten Verlust nicht erlitten hat, konnte der Ehemann hundert zurückfordern. Wenn dieser Anspruch als eine generische Obligation gälte, wäre der eingetretene Verlust gleichgiltig, was nach der Entscheidung von Tryphoninus nicht zutrifft. Jedenfalls können wir nach dem oben Ausgeführten unmöglich annehmen, dass die Formel der in unserm Falle anzustellenden Kondiktion lauten musste: si paret 100 dare oportere, 100 condemna, si non paret absolve. Wir kommen also zu dem Schlusse, dass sowohl die herrschende Erklärung der Zinsenfreiheit des Kondiktionsschuldners aus den Regeln der condictio certi, wie die Annahme, dass dem Gläubiger bei Geldsummen der Weg der actio incerti verschlossen war, nicht aufrecht zu erhalten sind. Was den letzten Punkt anbetrifft, so glauben wir vielmehr, dass die condictio certi nur in den Fällen angestellt wurde, wo der Verlust der sine causa gewonnenen Summe die Kondiktionsschuld nicht minderte (wie im Falle der Annahme des indebitum wider besseres Wissen [1], der condictio furtiva, ob turpem causam). In andern Fällen, wo die Anstellung der condictio certi mit Gefahr der plus petitio verbunden war, blieb dem Kondicenten unbenommen, incertum zu condiciren.

Desgleichen sind wir überzeugt, dass man jedem Gläubiger sehr leicht eine Formel ohne die certa condemnatio gewährte, wenn man ihm den Zinsenanspruch zu gewähren wünschte. Bei den Legaten hat man ja im Laufe der Zeit die früher ausgeschlossene Zinsenpflicht eingeführt. Wenn hundert legirt wurden, hat man also den Legatar nicht auf die Formel verwiesen: si paret 100 dare oportere, 100 condemna.

1) Oder in dem Falle, wenn die eingetretene Bereicherung nicht beseitigt werden kann, z. B. wenn der vermeintliche Schuldner durch die Tilgung der Forderung eines dritten Gläubigers gegen seinen vermeintlichen Gläubiger das indebitum zahlt.

Im Allgemeinen vermögen die Regeln des Prozesses an sich keine geschichtliche Erscheinung aus dem Gebiete der Frucht- und Zinsenprästationen zu erklären. Wir finden geschichtliche Spuren davon, dass nicht nur bei Kondiktionen, sondern auch bei andern Klagen die Fruchtprästation für die Zeit vor dem Prozessbeginn ursprünglich ausgeschlossen, später aber eingeführt wurde. [1]

Dies werden wir später in Bezug auf die prätorischen actiones Pauliana, Faviana, Calvisiana zeigen. Ferner nimmt man gewöhnlich an, dass im alten Vindikationsprozesse per sacramentum die Früchte aus der vorprozessualen Zeit nicht berücksichtigt wurden. [2] Diese Annahme halten wir für richtig. Indessen folgt sie nicht nothwendig aus der Struktur des alten Verfahrens, nämlich daraus, dass dem Richter zunächst nur die Frage zur Entscheidung überwiesen wurde, utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit. Denn nach der Entscheidung dieser Frage konnte das arbitrium zu Stande kommen, welches sich auf die Ersatzfragen bezog. An sich wäre es nun möglich, dieses arbitrium auch auf die Früchte aus der Vorprozesszeit zu erstrecken. Dass dies nicht geschah, ist daraus zu folgern, dass nach dem Bericht von Festus (Vindiciae): et in XII: „Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito“ — das Zustandekommen des arbitrium von der Voraussetzung: „si falsam vindiciam tulit“ abhängig war. Wenn die Früchte aus der Vorprozesszeit berücksichtigt würden, so wäre das arbitros dare von der obigen Voraussetzung unabhängig, weil es zu Gunsten desjenigen Vindikanten angeordnet werden müsste, welcher zwar den Zwischenbesitz mit Recht erlangt hat, vor dem Prozess aber nicht besass. —

Andererseits, obgleich in den Formeln der Kondiktionen kein Hinweis auf „aequitas“, „fides bona“ oder dergl. sich befand, haben doch die Fruchtprästationen im Laufe der Zeit ein grosses Anwendungsgebiet erorbert. Und zwar hat man hier bei der Anerkennung der Fruchtprästationen sich auch auf die aequitas, naturalis ratio etc. gestützt. Bei der Einführung der Fruchtprästationen in die Stipulationsklagen hat man auf die aequitas hingewiesen (Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant). In Bezug auf die con-

1) Vgl. Pernice, Labeo II S. 89.
2) Vgl. Pernice, Labeo II S. 164; Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. II S. 440.

dictio indebiti bemerkt Paulus: indebiti soluti condictio naturalis est et ideo ... et fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in condictionem venient (l. 15 pr. D. de cond. ind. 12, 6). Die fortschreitende Vergrösserung des Gebietes der Fruchtprästationen ist ebenso den Kondiktionen wie andern Klagen gemeinsam und vollzieht sich hier und da auf analoge Weise.

Zum Verständniss der schon angeführten geschichtlichen Erscheinungen wie im Allgemeinen der Geschichte der Fruchtprästationen sind vielmehr folgende allgemeine Momente (deren Richtigkeit und Tragweite zum Theil erst aus der ganzen späteren Darstellung gewürdigt werden kann), zu berücksichtigen:

1. Eine sachgemässe Regelung der Schätzung und des Ersatzes des Einkommens vom Kapital ist eine höchst schwierige und komplizirte Aufgabe, deren befriedigende Lösung auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes eine lange Zeit der Entwickelung und allmählicher technischer Vervollkommnung des Rechtes erfordert. Eine je höhere Stufe der technischen Vollkommenheit die Regeln der Einkommensprästationen erlangen, desto klarer tritt ihre nützliche Wirkung hervor, desto stärker wird die Tendenz, dieselbe auf solche Fälle auszudehnen, wo sie früher noch nicht angewendet wurden. Die Entwickelung der Fruchtprästationen und die allmähliche Vergrösserung ihres Geltungsgebietes ist daher zum grossen Theil vom Standpunkt des technischen Fortschrittes des Rechtes zu betrachten. Das primitive Recht verhält sich natürlicher Weise zum späteren, wie das einfachere zum komplicirten, und zugleich wie das weniger vollkommene zum technisch besseren Recht.

Ausser diesem Gesichtspunkte, welcher bei der Geschichte der meisten menschlichen Institutionen (im Allgemeinen der Erscheinungen der organischen Welt) mehr oder weniger zutrifft, sind aber auch andere Umstände von Wichtigkeit:

2. Das alte römische Territorium war klein und die Verkehrsbewegung der Bevölkerung gering. Der Raum, welcher die Rechtsparteien von einander trennte, war durchschnittlich viel geringer, als in den späteren Epochen, wo die Parteien sich oft in verschiedenen von einander weit entlegenen Provinzen befanden. Der primitive Verkehr geschah mehr inter praesentes, der spätere in höherem Masse inter absentes. Dies konnte aber auf die Rechtsentwickelung und besonders auf die Entwickelung der Frucht- und Zinsenprästationen nicht ohne Einfluss bleiben. Je weiter sich die Parteien von einander befanden, desto grösser war die Verzögerung, die bei Geltendmachung und endgiltiger Befriedigung der Rechtsansprüche eintreten musste. Das Einkommen ist aber der Zeitnutzen des Kapitals. Je länger man von seinem Kapitale getrennt ist, desto grösser ist der Verlust an Einkommen für den Berechtigten, desto grösser ist der Gewinn des Verpflichteten aus fremdem Kapital in Folge der Verzögerung der Herausgabe desselben. Dies ist nicht nur bei der Geschichte des Obligationenrechts zu beachten; auch auf dem Gebiete des Sachenrechts macht sich die mangelhafte Entwickelung der Fruchtansprüche desto mehr in ihren schädlichen Konsequenzen geltend, je grösser das Rechtsterritorium und die Bewegung der Bevölkerung ist. Wenn der Eigenthümer sich in der Nähe seines Grundstückes befindet, an welchem ein Unberechtigter den Besitz erlangt hat, so kommt die Thatsache der Rechtsverletzung schnell zu seiner Kenntniss und die Vindikation kann sogleich angestellt werden. Wenn das fragliche Grundstück sich in einer entlegenen Provinz befand, während der Eigenthümer in Rom wohnte, so verging eine geraume Zeit, bis die Nachricht von dem Besitzwechsel kam und der Besitzer belangt wurde. Ebenso konnte der Römer aus der alten Republik weit schneller den ihm abhanden gekommenen Sklaven und dessen Besitzer finden und belangen, als später nach der Vergrösserung des Territoriums, der Zahl und Bewegung der Bevölkerung. Diese Gegensätze sind aber für die Fruchtfrage ausserordentlich wichtig. Wenn mittelst der rei vindicatio nur die Sache selbst, nicht aber das Einkommen von derselben zurückgefordert werden kann, so ist der Schaden für den Berechtigten und der Gewinn für den Unberechtigten desto grösser, je längere Zeit zwischen dem Beginn und Ende des unrechtmässigen Zustandes vergeht; er ist ceteris paribus nothwendig grösser inter absentes als inter praesentes. Dem Eigenthümer, welchen ein grosser Raum von seiner Sache trennt, kann man nicht sagen: „Du konntest ja leicht vermeiden, dass der Besitzer sich auf deine Kosten bereichere. Du konntest ja sogleich den Prozess beginnen."

3. Ferner ist bei der Beurtheilung der Geschichte der Zinsen- und Fruchtprästationen und des Gegensatzes zwischen den obligationes stricti iuris und bonae fidei im Allgemeinen auch die sociale Wirkung der Nichtberücksichtigung der Früchte und der Zinsen zu beachten. Da der Gläubiger, welchem eine stricti iuris Forderung, z. B. aus der stipulatio, zusteht, eine desto grössere Summe des Einkommens verliert, je länger er mit der Eintreibung des Kapitals

wartet, so hat er dringende Motive, gegen den Schuldner schnell und rücksichtslos vorzugehen. (Dagegen bei einem Anspruch bonae fidei, bei welchem der Gläubiger die Einkünfte der Zwischenzeit bekommt, wird er den Schuldner oft nachsichtiger behandeln; die Nachsicht und das Warten sind für ihn nicht ohne Weiteres nachtheilig.) Unter Umständen wird er übrigens mit dem Schuldner paktiren. Der Schuldner aber, welcher nicht rechtzeitig bezahlen kann, und darum nunmehr mit dem Gläubiger verhandelt, eine Prolongation erbittet, ist in dem sich entwickelnden ökonomischen Kampfe der schwächere Theil und der Friedensschluss konstatirt oft seine ökonomische Unterwerfung. Der Aufschub wird durch eine hohe Kontribution erkauft. Diese Erwägung gewinnt um so grössere Bedeutung, wenn wir berücksichtigen, dass der Schuldner, welchem eine stricti iuris actio droht, eine grössere und unmittelbarere Gefahr befürchtet, als derjenige Schuldner, welcher eine bonae fidei obligatio kontrahirt hat. Die Einkommensschätzung bei der bonae fidei actio ist eine komplicirte Prozedur, welche die Erledigung vieler Beweis- und Schätzungsfragen, also viel Zeit erfordert. In derselben Richtung wirken auch andere Eigenschaften der bonae fidei actio. Der Richter berücksichtigt hier sehr viele Umstände, welche bei einer stricti iuris actio ausser Betracht bleiben. Insbesondere sieht er aufmerksam zu, ob der Gläubiger nicht contra bonam fidem den Schuldner ausbeuten will. Indem das bonae fidei iudicium an sich dem Schuldner einen Aufschub der Exekution gewährt, mahnt ihn der in hohem Maasse liquide Anspruch stricti iuris, dass die Gefahr der Vollstreckung sehr nahe ist. Wir können also folgende zwei Theoreme aufstellen:

a) Vom civilpolitischen Standpunkt ist zu sagen, dass die Regeln der stricti iuris actio ceteris paribus das rücksichtslose Vorgehen der Gläubiger gegen die Schuldner begünstigen und insofern zur Entwickelung der ökonomischen Grausamkeit und Verschärfung der socialen Gegensätze beitragen (Wechsel).

b) Vom geschichtlichen Standpunkt ist diesem folgender Satz adäquat: Das Vorwiegen der Regeln stricti iuris ist ceteris paribus als Symptom des Vorhandenseins des scharfen socialen Gegensatzes zwischen der Gläubiger- und Schuldnerklasse und zwar der Uebermacht der Gläubiger zu betrachten.

Bekannt ist die politische und ökonomische Macht der Patrizier über die Plebeier zur Zeit der Gesetzgebung der XII Tafeln und in der vorhergehenden Epoche. Hier figurirte das nexum als

Kredit- und gleichzeitig als Ausbeutungsmittel. Das nexum gewährte mehr als einen liquiden und im Prozess schnell und leicht geltend zu machenden Anspruch; denn es gewährte dem Gläubiger einen sogleich, d. h. ohne den ordentlichen Prozess, vollstreckbaren Anspruch (manus iniectio pro iudicato). Die Grausamkeit der Vollstreckung ist berüchtigt. Später mit der Aenderung der Machtverhältnisse der Patrizier und Plebeier kam die condictio certi. Der Schuldner, welcher nicht sogleich erfüllte, sondern es zur actio certae creditae pecuniae kommen liess, unterlag der poena tertiae partis des Kapitals, wodurch gewiss viele Schuldner zu Grunde gegangen sind. Geschuldete 3000 verwandelten sich in 4000 und die Liquidität des Anspruches und die Schneidigkeit des Prozesses verloren an sich durch diese liquide Strafe nichts. Im justinianischen Recht existirte diese Grausamkeit nicht mehr. Man hat trotzdem die Zinsenprästation beim mutuum, stipulatio . . . nicht eingeführt. Das gemeine Recht hat den lezten Schritt gethan, indem es die Eigenthümlichkeiten der römischen stricti iuris actiones nicht anerkennt. Insbesondere werden beim Darlehn die Verzugs- und Prozesszinsen berechnet; auch nimmt dieser Kontrakt verschiedene Nebenverträge auf. Desgleichen hat man die Zinsenprästation bei den Bereicherungsklagen anerkannt.[1] Zur richtigen Würdigung dieser geschichtlichen Entwickelung sind übrigens noch folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

4. Um die Bedeutung der Regeln der stricti iuris actio für einen Anspruch zu erkennen, muss man auch dessen nationalökonomische Funktion berücksichtigen. Besonders wichtig ist hier der Gegensatz zwischen dem Handelsverkehr und den bürgerlichen Rechtsverhältnissen. D i e H ö h e d e s G e w i n n s i m H a n d e l h ä n g t v o n d e r S c h n e l l i g k e i t u n d S i c h e r h e i t d e s U m s a t z e s a b. Das Ideal der Vertreter des Handels in Bezug auf das Civilrecht ist die möglichst schnelle und sichere Rotation des Rechtsmechanismus, mag diese Maschine auch Menschenopfer fordern. Der Handel empfindet ein odium gegen den Aufschub der Erfüllung und das nachsichtige und ruhige Warten. Ebenso und aus demselben Grunde strebt der Handel nach der Liquidität der Ansprüche. Eine besondere Vorliebe hegt er für solche Ansprüche, deren Rechtsgiltigkeit, Höhe etc. prima facie und sicher liquid

1) Wächter, Erörterungen, Heft 2 S. 112 fg.; Dernburg I § 131 N. 12 vgl. übrigens Windscheid Bd. 1 § 46 N. 5.

sind, welche wie jede Waare, die über ihren Werth selbst erzählt, cirkulationsfähig sind. Darum auch ein horror exceptionum aus der bona fides, ebenso wie bei den römischen stricti iuris actiones. Die Handelsleute sind auch erfahrene Geschäftsmänner. Darum ist es nicht gefährlich, wenn diesen Leuten das Handhaben scharfer Waffen gestattet wird. Die Bevölkerung des platten Landes würde dagegen solche Waffen zum Selbstmord gebrauchen; auch würde sie damit seitens verschiedener erfahrener Geschäftsleute zweifelhaften Berufes ausgebeutet werden.

Wenn wir die angedeuteten vier Theoreme einerseits und den aus der weiteren Darstellung ersichtlichen hohen Nutzen der Frucht- und Zinsenprästationen als civilpolitischer Werkzeuge andererseits berücksichtigen, so kommen wir zu folgenden Schlüssen:

1. Vom geschichtlichen Standpunkt ist das oben konstatirte Eindringen der Grundsätze der „bona fides", der Frucht- und Zinsenprästationen in die ursprünglich anders gearteten Ansprüche zum grossen Theil als technischer und socialer Fortschritt des Rechtes zu betrachten. Insbesondere ist die Erstreckung der Frucht- und Zinsenregeln der Fideikommisse auf die Legate einfach als eine Rechtsverbesserung zu bezeichnen. Diese Verbesserung geschah um so leichter, als man eben in den Fideikommissen ein Vorbild hatte. Die Beibehaltung des Ausschlusses der Verzugszinsen ... bei dem mutuum und den stipulationes ist dagegen nicht ohne Weiteres als ein aus der alten Zeit gebliebener technischer Fehler des Rechtes zu betrachten. Denn das Handelsrecht war in Rom nicht vom bürgerlichen Recht differenzirt. Wegen des Handelsverkehrs und insbesondere der Handelsgeldgeschäfte haben diese Ansprüche ihre Liquidität beibehalten. Dass das mutuum jetzt keine Zinsenscheu empfindet, ist daraus zu erklären, dass jetzt der Handelsverkehr sein besonderes Recht und besondere Kreditgeschäfte hat. Was endlich die Bereicherungsklagen anbetrifft, so betrachten wir in der That die moderne Zulassung der Zinsenprästationen als einen rechtstechnischen Fortschritt, als den letzten Schritt der technischen Entwickelung. Warum hat diesen Schritt das römische Volk versäumt? Die Entwickelung der Rechtsinstitute geschieht auch beim Eintritt der günstigsten Voraussetzungen für den sachgemässen Fortschritt niemals auf die Weise, dass alle technischen Mängel plötzlich verbessert werden. Immer macht sich

eine gewisse inertia geltend. Die alten Regeln bleiben, solange das Empfinden ihrer Unzulänglichkeit sich nicht scharf geltend macht. Wichtig ist auch, ob man einen Anknüpfungspunkt, ein Vorbild für die Reform hat. Man hielt im Allgemeinen an der traditionellen Ansicht fest, wonach die Zinsenschätzung eine Eigenthümlichkeit der bonae fidei iudicia und den actiones stricti iuris fremd ist. Dies hatte zwar nicht die Bedeutung eines absoluten Hindernisses, wie die actiones ex testamento zeigen. Immerhin war es ein Hinderniss, welches nur da beseitigt wurde, wo das Bedürfniss der Reform sich besonders fühlbar machte. Bei der condictio indebiti und ob turpem causam geschah dies nicht. Dies sind Ansprüche, welche ohne Aufschub geltend gemacht werden sollen. Wer eine Geldsumme ob turpem causam gegeben hat und nachher sein Reurecht geltend machen will, soll sich beeilen, sonst glaubt der Accipient, dass jener sein Wort halten und beim Geschäft stehen bleiben will. Dieser verfügt über die Summe so, dass der später erklärte Rücktritt der Gegenpartei eine wirthschaftliche Ueberraschung und Verlegenheit herbeiführt. Auch bei der condictio indebiti ertheilt das Recht den Rath an den Rückforderungsberechtigten, das Verhältniss schnell zu liquidiren, um den Zinsenverlust zu vermeiden und den Empfänger nicht im Unklaren über seine Absichten zu lassen. Der Ausschluss der Zinsenprästationen bei diesen Verhältnissen hat also auch seine nützliche Seite. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass im Falle der condictio ob turpem causam und der wissentlichen Annahme eines indebitum der Wegfall der Bereicherung den Anspruch nicht minderte, sodass die condictio certae pecuniae bei Geldsummen angestellt werden konnte. Die Vortheile dieser Klage gewähren aber dem Kläger durchschnittlich eine reichliche Kompensation für die Zinsen (Liquidität, tertia pars). Was die Annahme des indebitum aus entschuldbarem Irrthume anbetrifft, so ist hier vor der unvorsichtigen Verleihung des Zinsenanspruches auch der moderne Gesetzgeber zu warnen. Das Nähere darüber später; nur ist hier anzudeuten, dass die Beschränkung der Zinsenprästation in diesem Falle denselben vernünftigen Grund (Versicherungspolitik) hat, wie die Bestimmung des römischen Senates: „cum ... hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas" (l. 20 § 6 a D. de H. P. 5, 3). Andere Kondiktionen haben die oben erwähnte Tendenz der schnellen Verwirklichung nicht. Insbesondere wurde die Schenkung unter Ehe-

gatten meistens nach langer Zeit (erst nach Auflösung der Ehe) zurückgefordert. Hier tritt die Zinsenfrage mehr in den Vordergrund, es handelt sich um natürlichen längern Aufschub und grössere Summen der Zinsen. Obgleich die Klage keine bonae fidei actio war, hat man doch über die Zinsenfrage diskutirt und diese aus besonderen Gründen, welche mit der Struktur der Klage nichts gemein hatten, im verneinenden Sinne entschieden. In Bezug auf andere Fälle fehlen uns geschichtliche und dogmatische Zeugnisse. Wenn wir die Frage entscheiden wollten, was die römischen Juristen in Bezug auf die Rückforderung der zur Dos gegebenen Summe im Falle des Nichtzustandekommens der Ehe gedacht und entschieden hatten, so müssten wir uns in das Gebiet der minderwerthigen Hypothesen und persönlichen Ansichten begeben. Dies möchten wir vermeiden. Sicher ist nur, dass hier der Ausschluss der Zinsenprästation, wenn er aufrecht erhalten wurde, ein civilpolitischer Missgriff war. Denn diese Lücke des Rechtes gewährt den Gaunern unter Umständen die Möglichkeit, heirathslustige und leichtgläubige Mädchen und deren Eltern auszubeuten und verunstaltet sittlich das Verlöbniss durch Beimischung von Geldspekulationsmotiven. — Nicht ohne Interesse ist es auch, in diesem Zusammenhange hervorzuheben, dass die Zinsenfrage bei der Schenkungsstipulation besonders erörtert wurde. Die Stipulation, als Werkzeug der Schenkung, hat nichts mit dem Handelsverkehr zu thun. Die Liquidität des Anspruches und die leichte Erlangung des Vollstreckungstitels ist hier am wenigsten erforderlich und angemessen. Hier hat man aber doch von dem traditionellen Princip, wonach die Zinsen nur in das Gebiet der bonae fidei actiones gehören, aus besonderen Rücksichten abzuweichen nicht für nöthig erachtet:

Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur (l. 22 D. de don. 39, 5).[1]

Auch hier sieht man, dass die überlieferten Grundsätze der stricti iuris actiones nur die relative Bedeutung der geschichtlichen vis inertiae hatten. Daneben aber wirken andere Momente, welche unter Umständen zur Ueberwindung der alten Regeln führen, unter Umständen nicht. Da die Schenkung zum freundschaftlichen Verkehr gehört, so konnte man den Anspruch im Sinne der bona fides verändern. Nur besondere Gegenrücksichten haben dies im konkreten Falle verhindert.

1) Vgl. Lenel, Paling. Modestinus fr. 39.

2. Vom civilpolitischen Standpunkt ist die Ausdehnung der Frucht- und Zinsenprästationen auf alle civilrechtlichen Ansprüche nach den Grundsätzen der freien Klage und die Verweisung der Grundsätze der schnellen formellen (und nothwendig desto rücksichtsloseren) Rechtsbewegung in das Handelsrecht als eine sachgemässe Verbesserung zu betrachten. Diese Verbesserung ist erst anzustreben; denn sie ist nur scheinbar eingetreten. Dem Handelsrecht hat man ein ungebührlich grosses Geltungsgebiet verschafft. — Eins der gefährlichsten Werkzeuge des Handels, den Wechsel, hat man dem platten Lande „geschenkt“. Und der Verfasser des Entwurfes hat in sehr vielen Fällen nicht erwogen, dass ein für den einen Organismus gesundes Nahrungsmittel ein Gift für den andern sein kann. Abstrakte Rechtsgeschäfte und andere Werkzeuge und Sätze des Handelsrechtes haben in den Entwurf in grossem Umfange Eingang gefunden. In manchen Fällen hat man sogar das Handelsrecht an Rücksichtslosigkeit überboten (das Nähere später).

§ 3. B. Klassifikation der Fälle und Grundprincipien der Fruchtprästationen.[1]

Im vorgehenden § haben wir die Beschränkungen der Fruchtprästationen bei römischen stricti iuris iudicia und zugleich die Thatsache konstatirt, dass diese Beschränkungen jetzt grundsätzlich beseitigt sind, da nach dem gemeinen Recht alle civilrechtlichen Ansprüche „nach der bona fides“ beurtheilt werden. Den oben angeführten Ausspruch: „In ceteris quoque bonae fidei iudiciis fructus omnimodo praestantur“ können wir also auf das ganze moderne Civilrecht erstrecken. Es handelt sich jetzt um die Feststellung der materiellen Grundsätze, die bestimmen, in welchen Fällen ein Kapitalanspruch den Einkommensanspruch erzeugt. Wir lassen zunächst den Verzug und die Rechtshängigkeit bei Seite, um zu sehen, in welchen Fällen die Früchte unabhängig von dem Eintreten dieser Zustände prästirt werden.

1) Ihering, Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 1 fg.; Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, I. Heft: Erörterungen über die Regel: Commodum eius esse debet, cuius est periculum; Windscheid II § 327; Dernburg II § 23.

A. Fruchtprästation vor dem Verzug und Prozessbeginn.

Die Rechtspflicht, Einkommen zu erstatten, setzt ein bestimmtes Verhältniss von zwei (oder mehreren) Personen zu einem Kapital voraus. Um dieses Verhältniss zu charakterisiren, betrachten wir als typischen Fall der Fruchterstattung den Anspruch des Eigenthümers gegen den Besitzer einer Sache. Der Letztere gebraucht die fremde Sache als Erwerbsmittel und zieht thatsächlich Einkommen davon, ohne darauf ein Recht zu haben (thatsächliches Einkommen). Das thatsächliche Einkommen des Besitzers bildet zugleich das rechtliche Einkommen des Kapitaleigenthümers nach dem Fundamentalsatz der geltenden Ordnung der Gütervertheilung, wonach das Einkommen vom Kapital demjenigen gebührt, welchem das Kapital gehört. Diesem Grundprincip wird nun in unserm Falle dadurch Geltung verschafft, dass der Besitzer das von ihm gewonnene Einkommen dem Eigenthümer erstatten muss. Das erwähnte Verhältniss der Parteien zu dem Kapital besteht also darin, dass die eine Partei von ihrem Kapital thatsächlich getrennt ist, während die Gegenpartei dasselbe als Erwerbsmittel benutzt, sodass die Einkünfte nicht demjenigen zufliessen, welchem sie gebühren.

Dem obigen Beispiel setzen wir ein anderes entgegen, bei welchem die Kapitalverhältnisse anders gestaltet sind: A. hat dem B. schenkungsweise versprochen, sein Grundstück am 1. Januar des nächsten Jahres zu leisten. Er erfüllt seine Pflicht vollkommen, wenn er zum Termin das Grundstück übergiebt, ohne das inzwischen gewonnene Einkommen zu erstatten. Wenn wir dieses Beispiel mit dem ersteren vergleichen, so bemerken wir, dass hier keine Trennung des Kapitalberechtigten von seinem Kapital vorhanden war. Das thatsächliche Kapitalsverhältniss hat vollkommen mit dem rechtlichen übereingestimmt, weil der Schenker vor dem Termin der Leistung in seinem Rechte ist, wenn er sein Kapital einstweilen im eigenen Interesse benutzt. Der Beschenkte stand zu dem Schenkungsobjekt vor der Leistung überhaupt in keinem Kapitalverhältniss. Aus demselben Grundsatze: — Das Einkommen gebührt dem Eigenthümer des Kapitals —, aus welchem die Fruchterstattungspflicht des Besitzers sich ergiebt, folgt zugleich, dass der Schenker in unserm Beispiel berechtigt ist, das vor der Leistung gewonnene Einkommen für sich zu behalten. Wir können diese Beispiele als Vorbilder

aller anderen in Betracht kommenden Verhältnisse bezeichnen und die civilrechtlichen Ansprüche demgemäss in zwei Gruppen theilen. Die erste Gruppe bilden die Verhältnisse, bei welcher eine Spaltung zwischen dem rechtlichen und thatsächlichen Kapitalsverhältnisse eintritt. Die Ansprüche, welche aus diesen Verhältnissen entstehen, charakterisiren die römischen Juristen gewöhnlich durch das Wort „restituere“. Dies ist ein bildlicher Ausdruck dafür, dass nach einer Trennung des Berechtigten von seinem Kapital eine Wiedervereinigung erfolgt.

Zu der zweiten Gruppe gehören die Forderungen auf ein Kapital, zu welchem der Gläubiger sich bisher in keinem Kapitalsverhältnisse befand (actio ad id consequendum quod meum non fuit). Der Kürze wegen werden wir die erste Gruppe der Ansprüche Restitutionsansprüche, die zweite Leistungsansprüche nennen. Dass diese Eintheilung von entscheidender Bedeutung für die Fruchtprästationen ist, haben schon die römischen Juristen bemerkt. Dies ersieht man aus folgenden Worten von Paulus (l. 38 D. de usur. 22, 1):

. . . verbum „restituas“, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur. Et ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto unde vi, etiam fructus sunt restituendi . . . Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar . . .

I. Restitutionsansprüche. Das positive Recht bestätigt in der That die Regel, wonach die Restitutionsansprüche mit der Fruchterstattung verbunden sind. So ist diese bezeugt:

1. Bei dinglichen Klagen (vindicatio u. dgl.).
2. Bei erbschaftlichen Klagen (hereditatis petitio u. dgl.).
3. Bei persönlichen Ansprüchen auf Restitution:
   a) Klagen aus der Geschäftsführung im allgemeinen Sinne (a. mandati, negotiorum gestorum, tutelae, curae . . .).
   b) Deliktsklagen (a. doli, quod metus, int. unde vi u. dgl.).
   c) Condictiones sine causa (repetitiones) auf Rückgabe ungerechtfertigter Vermögensgewinne.
   d) Klagen auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes (in integrum restitutiones, actio redhibitoria . . .).
   e) Beim depositum, commodatum, contractus pigneraticius (fiducia) werden gleichfalls die gezogenen Früchte restituirt. Der Pfandgläubiger erstattet dem Pfandschuldner die

Früchte durch Aufrechnung auf Zinsen und Kapital, den eventuellen Ueberschuss auch direkt. [1]

4. Besonders hervorzuheben sind die Gemeinschaftsverhältnisse (Miteigenthum, Miterbschaft . . .). Die Ansprüche, welche daraus entstehen, können unter Umständen treffend als Restitutionsansprüche bezeichnet werden, wenn z. B. ein Miteigenthümer die ganze Sache besitzt und dem andern Genossen dessen Antheil vorenthält. Der Ausdruck „Restitutionsanspruch“ trifft aber kaum zu, wenn eine solche Vorenthaltung nicht geschieht, sodass der Anspruch sich vielmehr nur auf die Theilung richtet, wobei derjenige Genosse, welcher mehr Einkommen gewonnen, als seinem Antheil entspricht, den Ueberschuss dem Andern herausgiebt. Dies stört aber unsere Klassifikation nicht. Das Wort „Restitutionsanspruch“ gebrauchen wir nur als einen Klassifikationsnenner, um irgend welchen bequemen kurzen Ausdruck zu haben. In Wahrheit gründen wir unsere Theorie nicht auf die Ausdrücke der Quellen: „restituere“ und „quod meum non fuit consequi“, sondern auf das erwähnte Grundpostulat der herrschenden Socialordnung: dem Kapitalisten — das Einkommen von seinem Kapital. Vom Standpunkte dieses Princips, welches doch ein viel tieferes Verständniss der in Betracht kommenden Erscheinungen gewährt, als der Ausdruck „restituere“, verursachen uns die Ansprüche aus der Gemeinschaft keine Schwierigkeiten. Zu welchem Theile man kapitalsberechtigt ist, zu eben demselben hat man auch das Recht, Einkommen zu beziehen. Mögen die andern Genossen die Theilberechtigung bestreiten oder nicht, den Antheil vorenthalten oder nicht, immer kommt unser einfaches und einleuchtendes Princip zur Geltung.

Selbstverständlich erstrecken sich die Kapitalsansprüche auf die Früchte dann nicht, wenn das Kapital der Gegenpartei gerade zu dem Zwecke übergeben wurde, damit diese die Früchte für sich (gegen eine Vergütung an den Kapitalisten oder ohne solche) gewinne, wie z. B. bei der Pacht. Solche Erscheinungen können wir als „Selbstnutzungsverhältnisse“ bezeichnen. Die übrigen Fälle können wir zum Zweck der bessern Veranschaulichung des Wesens und Sinnes der Fruchtprästationen unter folgende zwei allgemeine Gesichtspunkte subsumiren:

1) Ueber die Früchte bei der fiducia vgl. Oertmann, die Fiducia S. 184 fg.

1. Rechtsmässige Verwaltung des fremden Kapitals. Durch diese Bezeichnung können wir die oben sub 3 a und e angeführten Verhältnisse charakterisiren, also nicht nur mandatum, negotiorum gestio, tutela, cura, Verwaltung des Vermögens einer juristischen Person u. dgl. Verhältnisse, deren Hauptzweck die Erhaltung des Kapitals und die Gewinnung des Einkommens für den Geschäftsherrn ist, sondern auch das depositum, den contractus pigneraticius . . ., bei welchen die Gewinnung des Einkommens für die Gegenpartei zwar nicht den Haupt-, aber doch einen Nebenzweck des Verhältnisses bilden kann.

2. Das grundlose oder rechtsverletzende Haben des fremden Kapitals. Auf diese Weise können wir alle übrigen oben angeführten Verhältnisse charakterisiren, also nicht nur die Fälle der Delikte, des Besitzes fremder Sachen oder fremder Erbschaft und dgl., sondern auch die Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung, der in integrum restitutiones u. dgl.

Während die erstere Gruppe die Erscheinungen des gesunden und normalen Rechtsverkehrs umschliesst, begreift die zweite Gruppe die pathologischen Erscheinungen des Rechtslebens in sich. Die „restitutio“, welche am Ende der Verhältnisse der ersteren Gruppe geschieht, hat eine ganz andere Bedeutung als die „restitutio“ bei der zweiten Gruppe. Hier bedeutet die restitutio, dass das Recht den geschehenen Uebergang der Güter missbilligt und rückgängig macht. Dort bedeutet die restitutio einfach, dass die Verwaltung zu Ende ist, und nunmehr der Geschäftsherr selbst sein Vermögen verwalten wird. Es wird nichts rückgängig gemacht. Die Eintheilung der Restitutionsansprüche in diejenigen, welche den normalen Verwaltungsverhältnissen entspringen, und diejenigen, welche auf die Beseitigung einer pathologischen Erscheinung gerichtet sind, hat zwar keine dogmatisch-juristische Bedeutung, zeigt uns aber besonders klar, wie sachgemäss, ja vom Standpunkt der rationellen Civilpolitik geradezu unentbehrlich die Fruchtrestitution bei diesen Ansprüchen ist. Bei den Verwaltungsverhältnissen wird die Pflicht, das ganze gewonnene Einkommen zu restituiren, durch den Sinn und die sociale Funktion dieser Verhältnisse gefordert. Es wäre ganz widersinnig, wenn z. B. das Recht die von den verwalteten Summen gewonnenen Zinsen den Verwalter nicht zu restituiren verpflichtete. Dies würde die Geschäftsherren geradezu von der für sie sonst sehr nützlichen Hingabe ihrer Kapitalien an einen Andern zur Verwaltung abschrecken. Anderer-

seits würden viele Verwalter nicht ihre Aufmerksamkeit den ihnen anvertrauten fremden Interessen ausschliesslich widmen, sondern das Vertrauensamt zu einem Spekulationsgeschäfte im eigenen Interesse machen. Es ist ganz klar, dass bei den Verwaltungsverhältnissen das ganze lucrum ex alieno erstattet werden muss, damit diese Institute ihre für den Volkswohlstand nützliche Funktionen richtig erfüllen und die Verwalter nicht demoralisirt werden.

Bei den Verhältnissen der zweiten Gruppe, da es sich hier vorzugsweise um die Pathologie des Rechtslebens handelt, besteht die Aufgabe der Civilpolitik darin, diese Krankheitserscheinungen möglichst selten zu machen. Wenn der Delinquent, der unrechtmässige Besitzer fremder Sachen oder Erbschaften die davon gewonnenen Früchte lucrirte, so wäre es ein vortheilhaftes Unternehmen, dem wahren Erben die Erbschaft grundlos vorzuenthalten oder dem Eigenthümer seine Sache mittels eines Deliktes zu entziehen. Das würde aber nothwendiger Weise zur grösseren Verbreitung dieser Erscheinungen und zur Tendenz der Verlängerung solcher widerrechtlichen Zustände führen und eine demoralisirende Wirkung im Volke ausüben.

Wir werden später die civilpolitische Bedeutung der Fruchtprästationen im Einzelnen genauer kennen lernen und präciser formuliren können; aber schon die obigen Erwägungen zeigen im Allgemeinen, dass die Fruchtprästation bei den Restitutionsansprüchen der beiden Kategorien nicht nur dem Grundprincip der herrschenden Gütervertheilung entspricht, sondern auch eine civilpolitisch unentbehrliche und nützliche Konsequenz und Vervollständigung der herrschenden Socialordnung ist.

Bei den Gemeinschaftsverhältnissen trifft bald der Gesichtspunkt der Verwaltung zu (wenn einem der Genossen die Ausbeutung des gemeinsamen Kapitals im gemeinsamen Interesse anvertraut ist), bald derjenige des widerrechtlichen Zustandes (wenn ein Genosse dem andern dessen Antheil grundlos vorenthält und das Kapital ausschliesslich für sich ausbeutet). In beiden Fällen erklärt sich die Fruchtprästation sehr einfach ebenso vom Standpunkt der Rechtskonsequenz, wie vom Standpunkt der rationellen Motivationspolitik.

Wir haben oben die Fruchterstattungspflicht auf das Grundprincip — „das Einkommen vom Kapital gebührt dem Eigenthümer desselben“ — zurückgeführt und die Fruchtprästation des Besitzers in diesem Sinne als Vorbild für die anderen Fälle des Ersatzes hingestellt. Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, müssen wir diese Sätze in einigen Punkten genauer präcisiren und berichtigen:

1. Unter dem Kapital verstehen wir nicht nur die Sachen und nicht die Sachen als solche, sondern alle ökonomischen Güter, welche vom privat-wirthschaftlichen Standpunkt als Erwerbsmittel erscheinen. Daher hat der von uns gebrauchte Ausdruck „der Eigenthümer des Kapitals“ einen viel weiteren Sinn, als der technische römische Ausdruck „dominus rei“. Dahin rechnen wir auch das Subjekt einer zinsbringenden Forderung, eines Niessbrauches, eines ganzen Vermögens etc. Beim Erbschaftsanspruch handelt es sich z. B. um die Restitution des erbschaftlichen Vermögens und der Früchte desselben. Als „Eigenthümer des Kapitals“ betrachten wir also im Allgemeinen denjenigen, welchem das fruchtbare Gut gehört und rückerstattet wird. Um Verwirrung in der Terminologie zu vermeiden, ist es daher besser, das Wort „Eigenthümer“ durch andere Ausdrücke, z. B. „Subjekt“ oder „Eigner des Kapitals“, zu ersetzen. Warum wir das Wort „Muttersache“ als Gegenstück zu den Früchten aus unserer Fruchttheorie verbannen, ergiebt sich aus dem ersten Bande. Hier möchten wir nur daran erinnern, dass die Früchte einer Dos, einer Erbschaft und anderer universitates etwas ganz anderes sind, als die Früchte einzelner zu diesen universitates gehörender Vermögensstücke (B. I S. 202 fg.), dass eine Heerde vom Standpunkt des Begriffes Sache, als eines einheitlichen Besitz- und Eigenthumsobjektes, keine Sache, sondern eine Anzahl von Sachen bildet, dass sie aber bei der Fruchtschätzung als ein einheitliches Gesammtkapital in Betracht kommt, dass ein Forst vom Standpunkte der Besitz- und Eigenthumslehre eine einfache und einheitliche Sache ist, vom Standpunkte der Fruchtlehre dagegen als ein Gesammtkapital ebenso wie eine Heerde beurtheilt wird; dass eine fruchtbringende öffentliche Konzession, ein Unternehmen, eine Servitut keine Sachen sind, wenn wir den eigenthümlichen und eine contradictio in adjecto enthaltenden Ausdruck „unkörperliche Sache“ vermeiden wollen, wohl aber unkörperliche Erwerbsmittel (Kapitalien) im Gegensatz zum Erworbenen (Einkommen) darstellen (fructus militiae, fructus

ex redemptione vectigalium, quaestus civilium annonarum etc. B. I S. 32). Unsere Wissenschaft wird im Allgemeinen einen grossen Fortschritt machen, wenn sie dem Beispiele der Nationalökonomie folgt und den Begriff „Kapital“ von ihrem Standpunkte aus entwickelt und nutzbar macht.[1]

---

1) In einer Kritik des ersten Bandes unserer Lehre vom Einkommen heisst es: „Die Gleichstellung der Begriffe von „Frucht“ und „Einkommen“ halten wir für wenig glücklich. Frucht ist nach der bisherigen Auffassung eine Sache, die nach Gesetz und Gebrauch als Erzeugniss einer anderen betrachtet wird... Die von den Römern und sonstigen Gesetzgebern aufgestellten Regeln entscheiden darüber, inwieweit die Früchte den einzelnen Personen gehören. Das Einkommen einer Person wird erst aus den ihr gehörigen Früchten gebildet, das reine nach Abzug der Kosten. Hiernach will es scheinen, als wenn die Begriffe von Frucht und Einkommen doch durchaus verschiedene sind, und ihre Gleichstellung nur zur Verwirrung führen kann. Der Verfasser hätte nur versuchen sollen, den Begriff des Einkommens in die überlieferten Rechtssätze, welche den Fruchtbezug betreffen, einzustellen. Kann man denn wirklich sagen, dass Einkommen durch Separation, Perception, Konsumption erworben werde? Ausserdem erscheint es uns überhaupt fraglich, ob der künftigen Gesetzgebung damit gedient wird, dass immer neue abstrakte Begriffe aufgestellt werden.“

Diese Kritik hat uns nicht überrascht. Ebenso ist zu erwarten, dass die Reception und Nutzbarmachung des Begriffes „Kapital“ nicht ohne Widerspruch bleiben wird. Es ist auch zu billigen, wenn man gegen „die Einführung immer neuer abstrakter Begriffe“ sich principiell misstrauisch verhält. Wenn diese Begriffe ohne genaue wissenschaftliche Entwickelung und Begrenznng und ohne den Nachweis ihres Nutzens für die Wissenschaft eingeführt werden, so entsteht daraus in der That nur Verwirrung. Allein, wir glauben, dass unsere Darstellung des Begriffes „Einkommen“ das Nöthige geliefert hat. Was das specielle Bedenken der erwähnten Recension gegen die Gleichstellung der Begriffe „Einkommen“ und „Frucht“ anbetrifft, so können wir dasselbe durch folgende referirende Bemerkung des geehrten Kritikers selbst beseitigen:

„Die Einkünfte sind als diejenige Kategorie der Einnahmen zu bezeichnen, deren Wiederkehr in jeder neuen Wirthschaftsperiode vom Wirth erwartet und erhofft wird (periodische Einnahmen). Dabei ist zu scheiden a) Bruttoeinkommen, welches die Gegenstände der von Jemandem gezogenen periodischen Einnahmen in der Gestalt bedeutet, in welcher sie eben gewonnen werden. b) In Geld geschätztes Reineinkommen, der Gesammtwerth dieser Gegenstände nach Abzug gewisser Kosten.“ —

Eine genauere Entwickelung des Begriffes „Kapital“ und den Nachweis seiner Unentbehrlichkeit für unsere Wissenschaft werden wir in einer besonderen Schrift „Die Lehre von den ökonomischen Gütern und vom Kapital insbesondere“, welche der „Lehre vom Einkommen“ folgen wird, nachliefern. Vorläufig müssen wir uns mit dem im ersten Bande und hier im Text Bemerkten begnügen. Mit Freude konstatiren wir, dass die Reception der beiden Begriffe „Kapital“ und „Einkommen“ eine wichtige Unterstützung in der 4. Auflage der Pandekten von Dernburg gefunden hat. Dort ist die Beschränkung des Begriffes fructus auf den aus einer Sache gewonnenen Ertrag und die Unterscheidung dieses Ertrages als Frucht im engern Sinne von den sogenannten bürgerlichen Früchten (als Früchte im weiteren Sinne, welche durch Rechtsgeschäfte über eine Sache gewonnen werden) fallen gelassen, und die abstrakten Begriffe „Einkommen“ und „Kapital“ sind in die Begriffsbestimmung der Früchte als termini technici aufgenommen. — Sehr anerkennend hat sich auch Oertmann (Archiv f. bürgerl.

2. Ebenso bei den Rechtsverhältnissen der ersten Gruppe, wie bei denjenigen der zweiten, kommt es vor, dass der Berechtigte nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigenthum an seinem Kapital verliert, sodass die „restitutio“ die Rückerstattung des Eigenthums mit umfasst. a) Bei den Verhältnissen der ersten Gruppe kommt es vor, dass der Verwalter das sogen. „prokuratorische“ oder „fiduciarische“ Eigenthum an der zu verwaltenden Sache erhält (venditio nummo uno fiduciae causa): Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint“ (Gaius II § 60). Ebenso kann eine Forderung dem Verwalter cedirt werden, nur um ihm die nöthige Legitimation dritten Personen gegenüber zu den Zwecken der Verwaltung zu verschaffen (Incassomandat). Hier bemerken wir eine Erscheinung, welche unserer Theorie prima facie zu widersprechen scheint. Der Fiduciar wird zum Subjekt des Kapitals und doch restituirt er die Früchte. Indessen ist der Widerspruch ebenso scheinbar wie der Verkauf, welcher nummo uno geschieht, wie die Ehe, welche (mit einem senex coëmptionalis) fiduciae causa eingegangen wird. Ganz richtig charakterisirt Gaius den Zweck der fiducia cum amico: „quo tutius nostrae res apud eum sint“. Das fiduciarisch übergebene Kapital bleibt ökonomisch „nostra res“; die Uebertragung ist nur ein erlaubtes Scheingeschäft, eine Formalität, welche keine wahre Veräusserung (zwischen den Parteien selbst) bewirkt. Nach Erfüllung der Zwecke der fiduciarischen Uebertragung soll der Verwalter ebenso das ganze lucrum ex alieno restituiren, als wenn die Uebertragung nicht geschehen wäre.[1]

R. B. VIII S. 366 fg.) über die Theorie des Einkommens geäussert. Indessen will er neben dem weiteren Begriff des Einkommens in unserem Sinne auch den engeren Fruchtbegriff der herrschenden Lehre beibehalten, „der uns in den Fragen des Eigenthumserwerbes (durch Separation, Perception u. s. w.) vorwiegend interessiren wird nnd der auch in den Quellen hervortritt (fructus stantes, pendentes, separati etc.)“ (S. 367 a. a. O.). Mit der Eintheilung der Früchte (im Sinne der Brutto-Einkünfte in natura) in Unterarten für die Lehre vom Fruchterwerb sind wir gleichfalls einverstanden (vgl. B. I § 19). Für diejenige Art der Früchte, auf welche sich die Lehre vom Eigenthumserwerb durch die Separation und Perception bezieht, haben wir die Bezeichnung „Separationsfrüchte“ (neben anderen Arten: Okkupationsfrüchte, Summissionsfrüchte ...) a. a. O. S. 265 vorgeschlagen. Nur darf man u. E. auch in der Lehre vom Fruchterwerb durch die Perception etc. nicht ausser Acht lassen, dass der Begriff Frucht keine objektive Qualität einer Sache, sondern das subjektive Einkommensverhältniss zwischen einem Wirthschaftssubjekt und einem ökonomischen Gute bezeichnet (vgl. Bd. I §§ 2. 3. 16. 19 insbes. S. 14 fg. S. 126. 127. 267).

1) Das im Texte Gesagte widerspricht den Ausführungen von Oertmann die Fiducia S. 161 fg. nicht. Im Gegentheil sind wir mit der Ansicht des Verfassers über das Eigenthum des Fiduciars vollkommen einverstanden.

b) Wer durch Betrug die Uebertragung des Eigenthums oder einer Forderung an sich erzielt hat, wird zum Subjekt des Kapitals und doch restituirt er nachher die gezogenen Früchte. Diese Erscheinung kehrt bei der in integrum restitutio, actio Pauliana, condictio sine causa etc. wieder. Auch diese Erscheinungen erklären sich ebenso leicht wie die Fruchtprästation bei der fiducia. Der Sinn und Zweck der actio doli, Pauliana etc. besteht eben darin, dem Beklagten das ganze lucrum zu entziehen, den Uebergang des Eigenthums zu einer Formalität zu machen, welche keinen materiellen Nutzen für den Beklagten bewirken soll. Dritten Personen gegenüber ist der Empfänger eines indebitum etc. als Eigenthümer legitimirt, sodass diese Dritten der Gefahr, ein nichtiges Geschäft zu schliessen, ohne dessen Nichtigkeit zu kennen, nicht unterworfen werden. Zwischen den Parteien aber soll der Uebergang des Eigenthumsrechtes keine ökonomischen Folgen haben, als materiell nichtgeschehen behandelt werden, resp. in seinen Folgen rückgängig gemacht und, soweit möglich, ausgetilgt werden.

II. Leistungsansprüche. Wir haben schon oben angedeutet, dass der Satz: Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, fructus non consequar — den Grundprincipien des Civilrechts vollkommen entspricht. Als Beispiele solcher Ansprüche mögen folgende Fälle angeführt werden: a) A. hat dem B. im Gesellschaftsvertrage versprochen, sein Miethshaus zur gemeinsamen Benutzung am 1. April zu übergeben; b) A. hat sich durch Pachtkontrakt verpflichtet, sein Landgut dem B. zum Zweck der Nutzung nach einem Jahre vom Abschluss des Vertrages zu übergeben; c) A. übergiebt dem B. beim Eintritt des bedungenen Termins sein Landgut zum Zweck der Erfüllung seines Schenkungs- oder Dotalversprechens; d) A. hat mit dem B. am 1. Januar 1893 einen Tauschvertrag geschlossen, wonach am 1. Januar des nächsten Jahres A. dem B. sein Landgut und B. dem A. sein Miethshaus übereignen soll. — Wenn wir nun in den obigen und ähnlichen Fällen voraussetzen, dass das versprochene Kapitalstück rechtzeitig geliefert wird, so können wir keinen Grund einsehen, warum das Civilrecht ausser dem versprochenen Gegenstande auch noch die Leistung des inzwischen (seit dem Abschluss des Kontraktes) gewonnenen Einkommens statuiren sollte. Vom Standpunkt des Parteiwillens könnte man eine solche Massregel nicht rechtfertigen. Wenn Jemand verspricht, seine Sache nach einem Jahr oder Monat seit dem Abschluss des Vertrages zu liefern, so ist vielmehr anzunehmen, dass nach dem Parteiwillen die Sache einstweilen den Interessen des Versprechenden dienen soll. Aus dem angeführten Gesellschaftsvertrage ergiebt sich direkt, dass A. bis zum 1. April sein Miethshaus allein im eigenen Interesse ausnützen soll. Dasselbe gilt von den übrigen angeführten Beispielen. Es kann freilich vorkommen, dass die Leistung des Einkommens seit dem Abschluss des Kontraktes oder sogar seit einem früheren Zeitpunkte mitversprochen wird. In diesen Fällen muss natürlich das Einkommen kontraktmässig geleistet werden; dagegen ist nichts einzuwenden. Wir haben es hier aber mit einer andern Frage zu thun: mit der Leistung des Einkommens kraft eines Rechtssatzes. Ein solcher Rechtssatz wäre nach unserer Meinung nicht nur darum schädlich, weil er für eine der Parteien oft eine Ueberraschung herbeiführen würde, sondern auch aus anderen Gründen. Danach müsste A. im obigen Beispiel des Tauschvertrages während eines Jahres das Einkommen von seinem Landgut für seine Gegenpartei ziehen, ebenso würde B. das Einkommen von seinem Miethshaus nicht für sich, sondern für A. ziehen. Eine solche Erscheinung kann aber vom civilpolitischen Standpunkt kaum als wünschenswerth erachtet werden. Sie schafft ohne jeden vernünftigen Zweck die Möglichkeit eigennütziger Uebervortheilungen, indem an sittlich schwache Parteien die Versuchung herantritt, bei Ablegung der Rechenschaft nicht besonders gewissenhaft zu verfahren. Sie schwächt ferner bei den beiden Parteien das Interesse an dem möglichst sorgfältigen Bezuge des Einkommens ab, indem die Frucht der Sorgfalt nicht dem Wirthschafter, sondern seiner Gegenpartei zufällt. Dieselben Erwägungen gelten auch für die andern einschlägigen Fälle. Eine sachgemässe Civilpolitik räth dem Gesetzgeber entschieden an, mit der Einführung der Fruchterstattung sparsam zu sein, um die Rechtsverhältnisse nicht ohne genügenden Grund zu kompliciren. Dies ist besonders dem Entwurfe gegenüber zu betonen, welcher im Gegensatz zum röm. Rechte bei den Vermächtnissansprüchen die Fruchtprästation einführen will (§ 1878 des E. I).

Wenn wir uns nun zu dem positiven römischen Recht wenden, so werden unsere Erwartungen, wonach der Satz: Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, fructus non consequar, richtig sein soll, nur zum Theil bestätigt. In den Quellen wird nämlich ausdrücklich eine wichtige Ausnahme bezeugt.

Beim Kauf werden ausser der Sache selbst auch die Früchte seit dem Abschluss (Perfektion) des Vertrages prästirt.[1] Wir lassen die Erklärung dieser Thatsache einstweilen bei Seite, um zu sehen, wie es sich nach den Quellen mit den andern einschlägigen Fällen verhält:

1. Bei Vermächtnissen ist die Fruchtprästation durch die Quellen ausdrücklich verneint. Die Freiheit des Beschwerten von der Fruchtleistung vor dem Prozessbeginn und Verzug bezieht sich ebenso auf Legate wie auf Fideicommisse, sowohl auf Singular- wie auf Universalvermächtnisse.[2]

2. Das Schenkungsversprechen geschah nach dem klassischen Recht in der Form der stipulatio, d. h. eines Kontraktes, welcher, wie oben nachgewiesen, die Fruchtprästation nicht herbeiführen konnte. Justinian hat nun auch den formlosen Schenkungsvertrag für giltig erklärt.[3] Dass er dabei nicht den Umfang der Obligation verändern, sondern nur das früher ungiltige pactum zum rechtsgiltigen erheben wollte, geht klar aus der Fassung des betreffenden Gesetzes hervor:

. . . nihilo minus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit, ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae quam nominaverit vel totam substantiam tradere.

Es handelt sich also darum, trotz der fehlenden Formalitäten den Schenker zur Erfüllung seines Versprechens zu zwingen, aber nicht darum, ihn mehr als bei Erfüllung der Formalitäten leisten zu lassen. Die Leistung, zu welcher der Kaiser den Schenker zwingen will, besteht in der traditio desjenigen, was er zu schenken existimavit, was er nominavit, aber nicht in mehr.

---

1) l. 13 § 13, l. 3 § 1 D. de act. empt. 19, 1; l. 13, 16. C. de act. empt. 4, 49; Dernburg II § 98 N. 4; Windscheid II § 389 N. 15; Ihering a. a. O. S. 64 fg; Mommsen a. a. O. S. 29 fg.

2) l. 8 D. de usur. 22, 1; l. 23 D. de leg. I (30); l. 26 D. de leg. III (32); l. 24 § 2 D. ad leg. Falc. 35, 2; l. 4 C. de usur. 6, 47; vgl. Mommsen S. 36 fg.; Brügger, der Anspruch des Singular-Vermächtnissnehmers auf die Früchte; eingehende und sorgfältige Darstellung bei Salkowski, in der Fortsetzung von Glück's Komment. Bd. 49 S. 426 fg.

3) l. 35 § 5 b. fg. C. de don. 8, 53.

Eine indirekte Bestätigung der Freiheit des Schenkers von der Fruchtprästation enthält die l. 41 § 1 D. de re iud. 42, 1.[1] Nicht ohne Bedeutung ist auch die l. 22 D. de don. 39, 5, welche entscheidet, dass der Schenker nach dem Verzug keine Zinsen der versprochenen Summe zu zahlen hat, wobei als Grund nicht nur die stricti iuris Natur des Schenkungsvertrages, sondern auch die aequitas angegeben wird (oben S. 28).

3. Analoge Entwickelungsphasen wie das Schenkungsversprechen hat auch das Dosversprechen durchgemacht. Neben der stipulatio gilt nach dem Kaiserrecht auch der formlose Vertrag.[2] Dass der Dosschuldner zu der Prästation der Früchte seit dem Abschluss des Vertrages nicht verpflichtet ist, bezeugt l. 31 §§ 5 fg. C. de iur. dot. 5, 12.[3]

Ueber andere Fälle der actiones ad consequendum id quod meum non fuit finden wir in den Quellen keine speciellen Entscheidungen. Quid iuris? Ist anzunehmen, dass in den nicht besonders vorgesehenen Fällen die Früchte wie bei dem Kauf seit dem Abschluss des Vertrages zu leisten sind, oder dass die Fruchtprästation ebenso wie bei der Schenkung, den Vermächtnissen... vor dem Verzug (resp. Prozessbeginn) ausgeschlossen ist? Die Frage ist u. E. in letzterem Sinne zu entscheiden. Dabei stützen wir uns nicht auf die oben gelieferten allgemeinen civilpolitischen Erwägungen, ebenso wenig auf den allgemeinen Ausspruch der l. 38 § 7 D. de usur. 22, 1. Entscheidend ist vielmehr Folgendes: Es ist scharf zu unterscheiden, ob es sich um die Fruchtprästation auf Grund des Parteiwillens oder auf Grund des entsprechenden Rechtssatzes handelt. Dass die Fruchtprästation im Falle und auf Grund des Vertragswillens bei den in den Quellen nicht vorgesehenen Fällen stattfindet, ist ohne Weiteres zu behaupten, und zwar auf Grund des allgemeinen Grundsatzes des Civilrechtes, wonach der Parteiwille bei Rechtsgeschäften entscheidet, insofern keine besonderen Hindernisse im Wege stehen. Insbesondere hat jetzt der beschränkende Grundsatz des römischen Rechts über die strikte Interpretation der neg. sricti iuris keine Bedeutung. Der Richter hat überall den Parteiwillen nach dem arbitrium boni viri zu erforschen.

---

1) Vgl. Petražycki, Fruchtvertheilung S. 190 fg.

2) Dernburg III § 16 N. 11.

3) Ueber dies Gesetz und die besondere Art der Fruchtprästationen, welche es eingeführt hat, vgl. unten §§ 9, 17.

Uns interessirt aber eine andere Frage, nämlich die nach der Fruchtpflicht kraft einer den Parteiwillen ersetzenden Rechtsregel. Hier gestaltet sich die wissenschaftliche Beweisführung ganz anders. Anstatt die Fruchtpflicht anzunehmen, bis der Beweis erbracht ist, dass im betreffenden Falle besondere Hindernisse im Wege stehen, muss hier der juristische Forscher nach der entgegengesetzten Methode verfahren. Für den Juristen existirt keine Rechtsregel, deren Vorhandensein nicht nachgewiesen ist. Auf Grund dieser einfachen methodologischen Erwägung, deren Richtigkeit wohl nicht bezweifelt werden kann, behaupten wir, dass die uns interessirende Fruchtpflicht in den durch die Quellen nicht vorgesehenen Fällen nach dem geltenden Recht ausgeschlossen ist. Eine allgemeine Rechtsregel, wonach ausser dem versprochenen Kapital auch die Früchte seit dem Abschluss des Vertrages zu leisten wären, existirt nicht.[1] Specielle Bestätigungen für einschlägige Fälle sind ebenfalls nicht vorhanden.

Darnach sind wir zu dem Ergebniss gekommen, dass die Fruchtprästation bei den actiones ad id consequendum quod meum non fuit im Allgemeinen nicht stattfindet und dass der Kauf die einzige Ausnahme davon bildet. Wie ist diese Ausnahme zu erklären? Einen inneren Grund für die römische Regel über die Früchte beim Kauf hat man nicht zu finden vermocht. Auch andere Eigenthümlichkeiten der römischen Kaufobligation (namentlich der Satz: periculum est emptoris) bereiten der Wissenschaft bekanntlich grosse Schwierigkeiten in dem Sinne, dass man dafür keine befriedigende Erklärung aus inneren Gründen zu liefern vermag.[2] Zur einzig befriedigenden Lösung der Frage scheint uns

1) Wenn die Richtigkeit dieser negativen Behauptung zweifelhaft wäre. würden wir sagen: in dubio secundum debitorem.

2) Uebrigens hat sich die Wissenschaft für die Erklärung der römischen Regelung der Fruchtfrage beim Kauf wenig interessirt (eine Ausnahme bilden die oben citirten Abhandlungen von Ihering und Mommsen). Ihre Aufmerksamkeit ist hauptsächlich auf die Erklärung des Satzes: periculum est emptoris gerichtet, welcher eine ausserordentlich umfangreiche und scharfsinnige Literatur ins Leben gerufen hat. Vgl. über den Satz Dernburg II §§ 20, 96; Windscheid II § 321 sub 3, § 390; Mommsen, Eröterungen I S. 29 fg.; Bechmann, Kauf I S. 591 fg., II S. 99 fg.; Bernhöft, Jahrb. f. Dogm. 14 S. 58 fg; Lenel, eod. 19 S. 216. Wächter, Archiv f. civ. Pr. 15 S. 197 fg.; Ihering, Jahrb. 3 S. 463 fg.; Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 15 S. 421; Hartmann, Jahrb. f. Dogm. 22 S. 427 fg. und Arch. f. civ. Pr. 73 S. 386; Regelsberger, Krit. VJSchr. 13 S. 90 fg. (scharfsinnige Kritik verschiedener Theorien) und Arch. f. civ. Pr. 69 S. 202 fg.; Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse (dazu treffliche Kritik von Eck, Zeitschr. f. Handelsr. 33 S. 141 fg., und Hellmann, Krit. VJSchr. 30 S. 216 fg.); Eck in Holtzendorff's Rechtslexikon, verb. Kauf und zustimmende Bemerkungen dazu von Gareis in

die geschichtliche Theorie zu führen, wonach der konsensuale Kontrakt des Kaufes aus dem realen hervorgegangen ist, ohne gewisse traditionelle Konsequenzen des realen Abschlusses des Vertrages abzustreifen (vgl. Pernice, Labeo I S. 456 fg.). Ursprünglich kannte man nur einen realen Akt — Umtausch der Waare gegen Geld Zug um Zug, wie es auch jetzt in den meisten Fällen des Kaufes zugeht. In der Epoche, wo der consensus an sich noch keine rechtliche Wirkung hatte, war der Kauf erst dann perfekt, wenn die eine Partei die Waare und die andere den Preis übergeben hatte. Die Perfektion eines solchen Aktes erzeugte ohne Entstehung voraufgehender Forderungen eine unmittelbare Veränderung der dinglichen Verhältnisse. Andererseits blieben bis zur Perfektion des Aktes die dinglichen Verhältnisse unverändert. Ein Ueberbleibsel dieses Zustandes besteht z. B. darin, dass das Eigenthum der gekauften Sache auf den Käufer trotz der Tradition nicht übergeht, bis der Preis bezahlt ist. Wenn der Käufer die Sache nicht sogleich mit sich nehmen konnte, half man sich in der Weise, dass nach der Perfektion des realen Aktes der Käufer die Waare zur Verwahrung dem Verkäufer überliess. Das periculum und commodum rei traf dann natürlich den Käufer, nicht aber den Verkäufer, welcher nur ein Verwalter und Aufbewahrer einer fremden Sache war. Der Anspruch des Käufers aus diesem Verhältnisse war keine actio ad id consequendum quod eius non fuit, sondern vielmehr ein Restitutionsanspruch.

Mit der Entwickelung des Verkehrs musste dieser Zustand des Rechtes sich als ungenügend erweisen. Der Mangel bestand darin, dass man ohne die effektive Uebereignung der Waare und des Preises keine bindenden Ansprüche ins Leben rufen konnte. Eine sehr nahe liegende und die Kontinuität der Rechtsentwickelung am wenigsten unterbrechende Lösung bestand darin, dass man den Parteien die Möglichkeit verschaffte, mittelst eines blossen consensus denselben ökonomischen Effekt herbeizuführen, welcher bisher nur auf dem oben beschriebenen Wege der realen Uebereignung erreichbar war. Diese Lösung finden wir im klassischen röm. Rechte in der That vor. Der Käufer, welcher nicht sogleich den Kaufgegenstand mit sich nimmt, hat ökonomisch vom Augenblick des Abschlusses des Kaufvertrages in dem Falle des blossen consensus dasselbe lucrum und periculum, wie im Falle des

Endemann's Handbuch des Handelsrechtes Bd. II S. 638; Pernice, Labeo I S. 456 fg. und andere bei Windscheid II § 321 NN. 13. 19a citirten Aufsätze.

realen Kaufes unter Belassung der Sache zur Aufbewahrung beim Verkäufer. Die unter Umständen unerwünschte, unter Umständen unerfüllbare lästige Formalität der effektiven Uebereignung ist erlassen; an deren Stelle ist der nudus consensus getreten, ohne dass man an der traditionellen ökonomischen Gestaltung der Verhältnisse gerüttelt hat. Vom rechtlichen Standpunkt aus ist freilich der Verkäufer nach dem durch den nudus consensus geschehenen Verkauf kein Verwalter der fremden Sache, sondern ihr Eigenthümer; der Anspruch des Käufers ist jetzt in Wirklichkeit kein Restitutionsanspruch, sondern vielmehr eine „actio ad consequendum id quod eius non fuit"; nichtsdestoweniger ist der ökonomische Inhalt und Effekt dieses Anspruches denen des Restitutionsanspruchs des Käufers im Falle des realen Kaufes ohne sofortige Mitnahme der Sache gleich geblieben.

Es ist eine sehr charakteristische Erscheinung, dass Paulus in der l. 38 D. de usuris et fr. 22, 1 folgende drei Sätze neben einander aufstellt: 1. Et ideo cum restitui praetor vult . . . etiam fructus sunt restituendi . . . non aliter mihi restituisse videtur, quam si fructus mihi restituat (§§ 5, 6). 2. Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit . . . fructus non consequar (§ 7). 3. Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt (§ 8).

Er bezeichnet also den Anspruch des Käufers auf die Früchte geradezu als einen Restitutionsanspruch und scheint keinen Widerspruch zwischen der Regel, dass bei der actio ad id consequendum quod meum non fuit keine Fruchtprästation stattfindet, und dem Satz, dass bei dem Kauf die Früchte restituirt werden, zu erblicken. Darin sehen wir eine Wirkung der geschichtlichen vis inertiae: der Anspruch des Käufers hat nicht nur gewisse ursprüngliche Eigenthümlichkeiten eines Restitutionsanpruches im positiven Rechte beibehalten, sondern gilt als Restitutionsanspruch auch in der Anschauung der Jurisprudenz.

Vom obigen geschichtlichen Standpunkt erklärt sich auch die in Bezug auf den konsensualen Kauf in den Quellen vorkommende Fiktion der im Augenblick des Vertragsschlusses geschehenen Uebereignung (l. 5 § 2 D. de resc. vend. 18, 5: perinde habenda est venditio ac si traditus [homo venditus] fuisset; l. 15 D. de i. d. 23, 3: perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est).[1]

1) Vgl. l. 30 pr. D. de adq. rer. dom. 41, 1; l. 13 § 17 D. de act. empti 19, 1.

Jene geschichtliche vis inertiae wirkt noch jetzt fort. So werden insbesondere die röm. Regeln über das periculum beim Kaufe vielfach aus dem begrifflichen Wesen, aus der Natur des Kaufes deducirt, nämlich aus der „Entäusserungsnatur des Kaufs": die Verkaufserklärung sei eine Entäusserungserklärung. „Das will sagen, dass ihr Inhalt nicht sowohl der ist, dass der Verkäufer sich verpflichte, die verkaufte Sache hinzugeben, als vielmehr, dass er sie hingebe."[1] Wenn dies richtig wäre, so müssten wir annehmen, dass diejenigen modernen und alten Civilrechte, welche die Frage über das periculum beim Kauf anders regeln, als das römische Recht, die wahre Natur des Kaufes nicht erkannt haben. Nach unserer Meinung ist vielmehr das Gegentheil richtig. Die Natur der rein konsensualen Verkaufserklärung besteht im Versprechen, die Sache später, z. B. am bedungenen Termin, zu leisten, nicht aber in der Erklärung des Verkäufers, dass er die Sache jetzt „hingebe." Sonst würde jeder rein konsensuale Kaufkontrakt zwei der Wahrheit widersprechende Erklärungen enthalten. Der Verkäufer erklärt, dass er die Sache hingiebt, obgleich dies in Wirklichkeit nicht zutrifft; der Käufer erkennt an, dass er die Sache erhält, obgleich er in Wirklichkeit vielleicht grosse Zweifel hat, ob er sie überhaupt jemals erlangen wird. Konsequenterweise müssten wir dann jede Klage auf die Uebereignung der verkauften Sache als eine Anomalie betrachten. Aus dem Kontrakte geht hervor, dass die Sache beim Abschluss des Kontraktes schon übereignet worden sei; dies haben die beiden Parteien übereinstimmend anerkannt; jetzt will aber der Käufer noch einmal erreichen, was schon erreicht ist.

Es ist vielmehr anzuerkennen, dass die römischen Regeln über den konsensualen Kauf weder der „Natur des Rechtsgeschäftes", noch den praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entsprechen,[2]

1) Vgl. Windscheid II § 390 NN. 2—3a und Text, §§ 321 N. 19a und Text (und die dort Citirten).

2) Ihering (in seinen Jahrbüchern Bd. III S. 463 fg.) erklärt die Haftung des Käufers für die Gefahr aus Gründen der Praktikabilität des Rechtes: die Gefahr solle von derjenigen Partei getragen werden, welche den Aufschub der Erfüllung verschuldet habe (mora creditoris, mora debitoris). Beim Kauf liege gewöhnlich das Hinderniss der sofortigen Erfüllung in der Person des Käufers. Um nun die prozessualischen Weiterungen zu beseitigen, welche mit der Beweisführung und Feststellung in jedem konkreten Fall, wer an dem Aufschub der Erfüllung Schuld trage, verbunden wären, stelle das Recht die für die Mehrzahl der Fälle zutreffende Regel auf, dass an dem Aufschub der sofortigen Erfüllung der Käufer Schuld gewesen sei.

In dieser Argumentation sind alle Prämissen und der Schluss anfecht-

dass sie vielmehr ein Ueberbleibsel eines älteren Rechtszustandes sind. Der Inhalt des ursprünglichen Restitutionsanspruches des

bar. a) Ungenau ist der Satz, dass die Gefahr denjenigen trifft, wer die Schuld am Aufschub der Erfüllung trägt (für den Eintritt der mora debitoris und creditoris ist die interpellatio resp. oblatio erforderlich). b) Unzutreffend ist der Satz, dass der Aufschub der Erfüllung beim Kauf gewöhnlich vom Käufer verursacht wird. Aus psychologischen, technisch-wirthschaftlichen und socialen Gründen wird es häufiger zu spät gegeben als zu spät genommen. Mora solvendi kommt, wie auch die tägliche Erfahrung lehrt, viel häufiger, als die mora accipiendi vor. Im normalen Falle des konsensualen Kaufes (zwischen den ordentlichen und soliden Parteien) wird der Aufschub der Erfüllung überhaupt durch keine culpa verursacht, weil er den Absichten und den Interessen der Parteien entspricht. Für die entgegengesetzten anomalen Fälle gewähren eben die Regeln über die mora accipiendi und solvendi eine genügende Hilfe. c) Was die Beseitigung der schwierigen Beweisführung und die Vereinfachung der Prozesse durch die röm. Regeln über den Kauf anbetrifft, so müsste Ihering konsequenter Weise einen dem von ihm behaupteten entgegengesetzten Satz aufstellen. Nach seiner Ansicht (Abhandl. aus dem röm. Recht S. 1 fg.) gebührt das commodum rei demjenigen, welchen das periculum trifft, insbesondere gewährt das röm. Recht dem Käufer das commodum darum, weil er die Gefahr der Sache trägt. Der Anspruch des Käufers auf das commodum, insbesondere auf das reine gewonnene und gewinnbar gewesene Einkommen, komplizirt und verlängert den Prozess im höchsten Maasse. Wie viele Beweis- und Schätzungsfragen sind zu erledigen, um die Summe des gewonnenen Einkommens zu ermitteln! Darnach hätte also das römische Recht dies alles mit in Kauf genommen, um die einzige verhältnissmässig leicht zu erledigende Beweisfrage über die Verchuldung des Aufschubes der Erfüllung im (verhältnissmässig seltenen und anomalen) Falle des Unterganges der Sache durch ein zufälliges Ereigniss zu ersparen. Dies ist ein offenbarer Widerspruch. Wir haben zwar im Texte eine andere Ansicht über den Zusammenhang des periculum und commodum beim Kaufe vertheidigt; darnach beruhen die beiden römischen Sätze über das periculum und commodum auf einer gemeinsamen geschichtlichen Ursache. Auch von diesem Standpunkt aus bleibt die Behauptung richtig, dass die römischen Regeln über den Kauf den Prozess und die Beweisführung eher erschweren als erleichtern. Wenn wir noch dazu das allgemeine Princip des röm. Rechtes berücksichtigen, wonach der vom Gläubiger verursachte Aufschub der Erfüllung an sich für den Uebergang der Gefahr irrelevant ist, so müssen wir behaupten, dass jene Beweisfrage, welche das römische Recht unter unverhältnissmässig grossen Opfern angeblich zu beseitigen sucht, überhaupt nicht in Betracht kommen konnte. — Die Freiheit des Verkäufers von der Gefahrtragung haben hervorragende Juristen auch vom Standpunkt der Billigkeit aus zu rechtfertigen versucht (vgl. Wächter, Goldschmidt, Regelsberger, Hartmann in den oben cit. Schriften, auch Ihering a. a. O. S. 465). Der Verkäufer sei nämlich in Folge seines Kontraktes nicht mehr in der Lage, die Sache anderweit zu verkaufen und sich dadurch von der Gefahr deren Unterganges zu befreien. Darum wäre es ungerechtfertigt, ihn den eventuellen Schaden tragen zu lassen. — In dieser Argumentation ist die Prämisse richtig, der Schluss aber anfechtbar. Der Fehler besteht darin, dass man dabei den Einfluss der bedungenen oder vom objektiven Recht vorgeschriebenen Modalitäten des Rechtsgeschäftes auf die Preisbildung in Betracht zu ziehen unterlässt. Je grössere Opfer der Verkäufer durch den Kaufkontrakt übernimmt, desto grösseren Preis wird er fordern. Die Modalität des Aufschubes der Leistung kann den Preis vergrössern (der Verkäufer zieht die Kosten, Mühe und Gefahr der Aufbewahrung der Sache in Betracht) oder mindern (wenn der Aufschub für den Verkäufer vortheilhaft ist). Desgleichen, wenn der Verkäufer unter der Bedingung verkauft, dass er im Falle eines besseren Angebotes die Sache einem Anderen verkaufen darf, so mindert

Käufers beim Kauf als realem Tauschgeschäft ist in den konsensualen Leistungsanspruch des Käufers in Folge der vis inertiae übergegangen.

Manche Sätze des röm. Rechtes über den Kauf erscheinen geradezu als exorbitant und unerklärlich, wenn man die eigenthümliche geschichtliche Entwickelung der emptio-venditio nicht in Betracht zieht. Dahin gehört insbesondere die Regel, dass der Verkäufer eines Sklaven auch diejenigen nach dem Abschluss des Kontraktes gewonnenen Legate und Erbschaften dem Käufer herausgeben muss, welche dem Sklaven contemplatione venditoris zugewendet worden sind (vgl. oben B. I S. 66):

Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet: hereditates quoque per servum adquisitae et legata omnia, nec distinguendum, cuius respectu ista sint relicta. item quod ex operis servus praestitit venditori, emptori restituendum est (l. 13 § 18 D. de act. empti vend. 19, 1).

Beim Restitutionsanspruch des Käufers im Falle des Kaufes, als eines realen Umtauschgeschäftes, waren diese Sätze erklärlich und natürlich. Der Sklave gehört nicht mehr dem Verkäufer, welcher nur ein Aufbewahrer und Verwalter eines fremden Kapitals ist, sondern dem Käufer. Eine donatio des Verkäufers an den Sklaven ist giltig und hat die rechtliche Bedeutung, dass der Verkäufer als dominus servi die Zuwendung erwirbt. Alle Legate und Erbschaften gehören aus demselben Grunde dem Käufer. Der Verkäufer kann keine dem fremden Sklaven zugewendete Erbschaft erwerben. Diese Sätze sind vom ursprünglichen Restitutionsanspruche des Realkäufers auf den Leistungsanspruch des Konsensualkäufers übergegangen. Die Ausdrücke der Stelle „restitui debet“, „restituendum est“ sind Anachronismen, ebenso wie der materielle Rechtssatz über die Schenkungen und die

diese Modalität in der Regel den Preis. Darnach ist also die bekämpfte Theorie für die (normalen und gewöhnlichen) Fälle unhaltbar, in welchen der Aufschub der Erfüllung den Parteiabsichten entspricht. Bleiben nur die Fälle des vertragswidrigen Aufschubes. Unter diesen Fällen sind diejenigen häufiger, in welchen der Aufschub durch den Verpflichteten herbeigeführt ist. Hier ist die bekämpfte Vertheidigung des römischen Rechtes ganz unanwendbar, weil von einer Entschädigung des Verkäufers für die Folgen seines kontraktswidrigen Verhaltens keine Rede sein kann. Bleiben die Fälle des durch den Käufer verursachten vertragswidrigen Aufschubes. Auch hier ist die bekämpfte Theorie unanwendbar, weil hier die Prämisse cessirt, wonach der Verkäufer sich von der Gefahr nicht befreien kann (oblatio, depositio etc). Nebenbei sei bemerkt, dass auch die oben kritisirte Theorie von Ihering am Mangel der Berücksichtigung von Gesetzen der Preisbildung im Tauschverkehr leidet.

Erbschaften respectu venditoris relictae, da es sich in der Stelle um den konsensualen Leistungsanspruch des Käufers handelt (vgl. noch unten § 14).

Die oben gewonnenen Grundsätze über die Fruchtprästationen bei den Restitutions- und Leistungsansprüchen können wir leicht zur Aufstellung der Grundsätze über die Prästation des lucrum ex re im Allgemeinen benützen. Diese Grundsätze lauten: Bei den Leistungsansprüchen wird das lucrum ex re nicht prästirt (Ausnahme: Kauf), wohl aber bei den Restitutionsansprüchen. Der Unterschied zwischen der Erstattung der Früchte und derjenigen der übrigen Einnahmen vom Kapital besteht darin, dass diese übrigen (nicht wiederkehrenden) Einnahmen auch dann zurückerstattet werden müssen, wenn das Kapital bei dem Restituenten zum Zweck der Fruchtgewinnung sich befand. So restituiren der Niessbraucher, der Ehemann, der Pächter alles übrige lucrum ex re, ausser den Früchten. Die romanistische Literatur beschäftigt sich mit der Aufstellung der allgemeinen Grundsätze über die Fruchtprästation nicht. Wohl aber hat man die Frage untersucht, nach welchen Grundsätzen das lucrum ex re zu behandeln ist. Uebrigens hat man diese Untersuchungen nur auf das Obligationenrecht ausgedehnt. Die Ergebnisse kann man nicht als befriedigend bezeichnen. Früher hat man in dem quellenmässigen Satz: commodum eius esse debet, cuius periculum est die Lösung aller Schwierigkeiten gesehen. Das lucrum ex re soll nämlich demjenigen gehören, welcher die Gefahr der Sache trägt. Von diesem Satz geht insbesondere Ihering in seiner Abhandlung über das lucrum ex re aus. Diese Theorie hat indessen Mommsen a. a. O. angefochten, indem er gezeigt hat, dass die Regel nicht bei allen Forderungen zutrifft, z. B. nicht bei Vermächtnissen, Schenkungen.

Jetzt ist die Frage im Zustand der Streitigkeit und Unentschiedenheit. Meistens giebt man überhaupt keine bestimmte Antwort, indem man nur eine kasuistische Lösung für möglich hält. So z. B. bemerkt darüber Wendt, Pand. § 211: „es kommt ausschliesslich auf die Natur der einzelnen Obligationen an, wie weit sie eine Ausdehnung auf commodum mit sich bringen". Aehnlich Windscheid (§ 327 N. 6 und Text), welcher nur die Regel aufstellt, dass das commodum rei bei den Forderungsrechten aus einem wohlthätigen Grunde nicht zu leisten ist, im Uebrigen aber keine allgemeinen Regeln für möglich hält. Gegen solche theoretisch

unbestimmten Antworten hätten wir nicht viel einzuwenden, wenn man bei den einzelnen Forderungsrechten das Versäumte nachholte; darin besteht aber gerade die Schwierigkeit, dass man ohne allgemeine Principien auch in den einzelnen durch die römischen Quellen nicht besonders vorgesehenen Fällen rathlos bleibt. Wie kann man aus der Natur der einzelnen Forderungsrechte den Zweifel lösen, wenn man nicht weiss, „welche Natur" der Forderung den Anspruch auf das commodum mit sich bringt? Auch die theilweise Lösung dieses circulus, welche die Regel über die Forderungen aus einem wohlthätigen Grunde gewähren soll, können wir nicht als befriedigend anerkennen. Die Regel über die Freiheit des Schuldners ex causa lucrativa von der Leistung des commodum hat Mommsen (welchem Windscheid folgt) auf folgende Weise gewonnen:

Aus der Freiheit des Dotalschuldners von der Prästation des commodum folgert er, ohne nähere Angabe des Grundes, dass „dieses in noch höherem Grade in Ansehung des Schenkungsversprechens gelten" muss (S. 35 fg.). Dann stellt er das Schenkungs-, das Dosversprechen und die Vermächtnisse zusammen und abstrahirt davon die genannte Regel. „Denn in dieser Beziehung stimmen die gedachten Verhältnisse überein, und in der That ist es der Billigkeit durchaus entsprechend, bei solchen Forderungen eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des commodum nicht ohne Weiteres eintreten zu lassen (S. 42)."

Zur Widerlegung dieser Argumentation und des Schlusses genügt es, darauf aufmerksam zu machen, dass der Dotalvertrag ein negotium onerosum ist.[1] Darum wäre es jedenfalls richtiger, die Freiheit von der Gewinnprästation in Verbindung mit der Einseitigkeit der Obligation zu bringen. Indessen ist es überhaupt unrichtig, in dieser Weise mit dem Quellenmaterial zu verfahren. Wenn eine allgemeine Regel existirte, wonach der Anspruch auf Leistung einer Sache sich auf deren commodum erstreckte, nur dann könnten wir nach dem Grunde suchen, warum in einigen Fällen eine Ausnahme stattfindet. Nur dann könnte die Regel, dass causa lucrativa oder dergl. die Prästation des commodum ausschliesst, eine Bedeutung haben. Indessen, da eine solche allgemeine Regel nicht existirt, so ist die Regel von der causa lucrativa nicht

1) Vgl. z. B. l. 19 D. de obl. et act. 44, 7: Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse etc...

nur inkorrekt als Abstraktion, sondern auch irreführend, denn sie verleitet zu dem falschen Schluss, dass bei den negotia onerosa immer das commodum mitzuleisten ist. Indessen zieht Mommsen selbst aus seiner Theorie über die causa lucrativa nur einen viel engeren Schluss in Bezug auf die negotia onerosa: „Gehen wir davon aus (von der Billigkeitsrücksicht, welche bei den negotia lucrativa platzgreift), so müssen wir annehmen, dass die für den Kaufkontrakt geltenden Regeln nicht nur auf den Tauschvertrag, sondern auch auf die anderen Fälle auszudehnen sind, in welchen der Gläubiger ex causa onerosa ein Forderungsrecht auf Leistung eines Gegenstandes zum Behalten hat, und die beim Kauf zu Grunde liegende Auffassung möglich ist" (S. 42). Dass dieser Schluss aus der Theorie über die causa lucrativa an Konsequenzmangel leidet, und dass die Beschränkung — „und die beim Kauf zu Grunde liegende Auffassung möglich ist" — die Rolle eines deus ex machina dabei spielt, fällt auf den ersten Blick auf. Die beim Kauf zu Grunde liegende Auffassung bestimmt Mommsen so: „Sowie ein perfekter Kaufkontrakt über eine Sache abgeschlossen ist, sehen die Römer es so an, als ob die Sache dem Käufer gewissermassen schon geleistet sei, als ob sie ihm schon gehöre" (S. 29). Die Regel, welche Mommsen über die negotia onerosa aufstellt, ist in Wirklichkeit ein Schluss aus dieser Theorie über den römischen Kauf, nicht aber aus seiner Regel über die causa lucrativa. Dann aber erweist sich seine Begründung als eine petitio principii. Der Satz, wonach es beim perfekten Kauf so angesehen wird, als ob die Sache dem Käufer schon geleistet wäre, ist ja nichts weiter, als eine kurze Zusammenfassung der Eigenthümlichkeiten der römischen Kaufobligation, oder als eine Abstraktion von den einzelnen über den Kauf geltenden Sätzen, wohin vor Allem auch der Satz gehört, dass das commodum dem Käufer gebührt. Wenn wir die von Mommsen für die Zusammenfassung der Regeln über den Kauf aufgestellte Formel auf andere Obligationen übertragen wollen, so müssen wir zunächst entscheiden, ob bei diesen andern Obligationen dieselben Sätze (insbesondere der Satz über den Gewinn aus der Sache) wie beim Kauf gelten. Wenn Mommsen eine umgekehrte logische Operation vornimmt, indem er seine Formel über den Kauf auf andere Obligationen ausdehnt und dann den Schluss zieht, dass auch bei diesen andern Obligationen das commodum dem Gläubiger gebühre, so liegt darin offenbar eine petitio principii; denn sein Schluss ist nur dann richtig, wenn die Formel

über den Kauf bei den andern Obligationen zutrifft. Dies letztere aber ist nur dann zu bejahen, wenn der Gewinn von der Sache, ebenso wie beim Kauf, seit der Perfektion des Vertrages dem Gläubiger gehört.

Wenn wir anstatt der dogmatisch-konstruktiven Formel — beim perfekten Kauf wird es so angesehen, als ob die Sache schon geleistet wäre — vielmehr die oben aufgestellte geschichtliche Theorie zu den Schlüssen über andere Rechtsverhältnisse benützen möchten, so könnten wir gleichfalls keine annehmbaren Ergebnisse gewinnen. Um die Regeln über den Kauf auf andere Rechtsverhältnisse, insbesondere (mit Mommsen) auf den Tausch und den Vergleich vom Standpunkt der geschichtlichen Theorie über den Kauf auszudehnen, müssten wir jedenfalls eine gleiche geschichtliche Entwickelung bei diesen Kontrakten wie bei dem Kauf nachweisen. Der Nachweis kann aber nicht erbracht werden, weil der Tausch und der Vergleich die Natur der Realverträge im römischen Recht immer beibehalten haben, somit eine andere geschichtliche Entwickelung aufweisen als der Kauf. Aber auch dann, wenn der Tausch und der Vergleich ebenso wie der Kauf in der Geschichte des römischen Rechtes aus realen zu rein konsensualen Kontrakten geworden wären, befänden wir uns auf höchst unsicherem Boden, falls wir daraus schliessen möchten, dass die ähnliche geschichtliche Entwickelung zum analogen dogmatischen Bau im justinianischen oder gemeinen Rechte geführt habe.

Jedenfalls sind die Theorien von Mommsen und Windscheid über die causa lucrativa und die Theorie über die kaufähnlichen Geschäfte schon aus dem Grunde wenig befriedigend, weil sie keine volle Lösung der Frage enthalten, vielmehr viele Fragezeichen stehen lassen.

Darum erscheint es erklärlich, dass der Satz „cuius commodum eius periculum" nicht von Allen aufgegeben ist. Insbesondere betrachtet Dernburg diesen Satz trotz der Polemik von Mommsen noch jetzt als die beste Lösung der Frage über das commodum. Freilich schreibt er ihm nur eine relative Bedeutung zu, indem er anerkennt, „dass der Parallelismus von Gefahr und Vortheil nicht in allen Fällen eintritt und namentlich nicht bei Ansprüchen aus Vermächtnissen und Schenkungen".[1] Principiell ist gegen eine solche Lösung, eben weil sie nur eine relative Bedeutung bean-

1) Dernburg, Pand. II § 23 N. 8.

spruch, nichts einzuwenden. Vom Standpunkt der theoretischen Bequemlichkeit hat sie aber entsprechend nur einen relativen Werth; jedenfalls aber erfordert sie eine Vervollständigung durch die feste Bestimmung der Fälle, wo der Satz (cuius periculum eius commodum) nicht zutrifft. Die Fälle des Parallelismus der Gefahr und des commodum sind in der That sehr zahlreich. Dahin gehören (ausser dem Kauf) die meisten Restitutionsansprüche. Wer ein fremdes Kapital in Händen hat, restituirt gewöhnlich allen Gewinn davon und ist gleichzeitig nur für die culpa (nicht aber für den casus) verantwortlich. Indessen kommt es auch bei diesen Ansprüchen vor, dass das commodum und das periculum nicht dieselbe Person treffen: 1. Bei den Deliktsansprüchen (ebenso nach dem Mahnungsverzug, nach dem Prozessbeginn gegen den malae fidei possessor) trifft die Gefahr des Unterganges (in gewissen Grenzen) den Verpflichteten, welcher trotzdem die Früchte und andere Gewinne herausgeben muss; 2. In denjenigen Fällen, in welchen der Restitutionsverpflichtete das Kapital zur Nutzung im eigenen Interesse in Händen hat (z. B. der Ehemann in Bezug auf die Dos, der Niessbraucher), trifft die Gefahr und die wichtigste Art des commodum (fructus) gleichfalls nicht in derselben Person zusammen. 3. Endlich (und darin besteht der wichtigste Grund, warum wir den Satz cuius commodum eius periculum fallen lassen möchten) werden wir in der Lehre von den Zinsen mit Sicherheit nachweisen, dass in diesem wichtigen Gebiete der Parallelismus des commodum und periculum fast in allen einschlägigen Fällen ausgeschlossen ist.

B. Verzug des Schuldners und Prozessbeginn.

Auch diejenigen Ansprüche, welche bei rechtzeitiger Befriedigung sich nur auf das Kapital erstrecken, ergreifen die Früchte davon, sobald der Verzug oder der Prozessbeginn eingetreten ist. Später werden wir näher zeigen, dass diese beiden Kategorien der Fruchtprästationen (Prozess- und Verzugsfrüchte) eine nothwendige Konsequenz einer sachgemässen Verzugs- und Prozesspolitik bilden, insbesondere, dass die Fruchtprästation seit dem Prozessbeginn so eingerichtet ist, dass dem Verpflichteten das Interesse an der Verschleppung des Prozesses und im Allgemeinen an der chikanösen Prozessführung entzogen wird, und dass die Fruchtprästation seit dem Verzug nicht nur das Interesse an der Verzögerung der Leistung für den Verpflichteten beseitigt, sondern auch einen positiven psychologischen Zwang für ihn schafft, so schnell wie möglich seiner Verpflichtung nachzukommen.

C. Besondere Fälle der Fruchtprästation.

I. Zur Kategorie der Fruchtprästationen gehört auch das Institut der Fruchtvertheilung beim Uebergang des Nutzungsrechtes. Diesem Institut haben wir eine besondere Schrift gewidmet,[1] darum werden wir dasselbe in der weitern Darstellung bei Seite lassen. Nur zur Vervollständigung dieser Uebersicht ist hier an Folgendes zu erinnern. Das römische Recht kennt die Fruchtvertheilung beim Uebergang der Nutzung als ein allgemeines Institut nicht, stellt vielmehr die Regel auf, dass die Früchte demjenigen gebühren, welcher sie während seiner Berechtigung percipirt. Darum spielt der Zufall in dieser Hinsicht eine grosse Rolle. Wenn z. B. der Niessbrauch unmittelbar nach der Ernte beginnt und vor der nächsten Ernte endet, so fällt die Frucht der Arbeit und der Verwendungen des Niessbrauchers dem Proprietar zu. Wenn dagegen der Niessbrauch vor der Ernte beginnt und nach der nächsten Ernte aufhört, so gewinnt der Niessbraucher in dreizehn Monaten nicht nur ein Reineinkommen eines Jahres, sondern auch ein Jahres-Brutto-Einkommen (d. h. auch eine je nach der Intensität der Kultur grössere oder geringere Summe von fremdem Betriebskapital) dazu. Nur in denjenigen Fällen greift das römische Recht durch besondere Regeln ein, wo nach der Art des Rechtsverhältnisses die Interessenten auf eine solche Verschiebung des Einkommens spekuliren und ihre Gegenpartei durch entsprechende willkürliche Manipulationen schädigen könnten. Das Recht sorgt hier durch besondere Regeln über die Vertheilung der Früchte dafür, dass die Triebfeder für solche eigennützigen Manipulationen beseitigt und damit der Boden der Krankheit der bezeichneten Art entzogen werde. Einen solchen Demoralisationsstoff enthielt vor Allem das römische Dotalverhältniss. Da nämlich die Ehescheidung bei den Römern frei und zu jeder Zeit durch entsprechende Willenserklärung herbeizuführen war, so konnte sich für beide Theile mit der Ehescheidung die eigennützige Spekulation auf die Früchte verbinden. Der Ehemann hatte das Interesse, mit der Ehescheidung bis zum Ende der Ernte zu warten; die Ehefrau konnte dagegen, wenn sie die Ehescheidung vor der Ernte erklärte, die ganze Ernte sich aneignen. Diesen eigennützigen Berechnungen hat nun die römische Jurisprudenz durch Einführung der divisio fructuum eius anni, quo divortium factum est, vorgebeugt.

1) Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten.

Diese divisio ist, wie a. a. O. gezeigt, keine wahre Theilung, sondern sie bildet zwei Einkommensquotenprästationen. — Analoge Spekulationen wie bei dem römischen Dotalverhältniss sind auch bei der societas möglich, da jeder socius das Gesellschaftsverhältniss durch seinen einseitigen Willensentschluss aufheben kann. Auch hier bestimmt das römische Recht, dass diejenigen Gewinne, auf welche die eigennützige Spekulation des socius gerichtet werden kann (also auch die Früchte), im Falle einseitiger Auflösung getheilt werden müssen (Quotenrestitution). Andere Gewinne (quod non captaverit) bleiben dagegen ungetheilt.[1] Endlich wäre nach römischem Recht die eigennützige Spekulation auf das Einkommen in gewissen Fällen dadurch möglich, dass die Fruchtperception durch die Verpachtung des Grundstückes auf einen früheren oder späteren Zeitpunkt willkürlich verschoben wird. Auch in Bezug auf solche Spekulationen wird das Interesse der Betheiligten durch das Recht im Voraus vereitelt, indem der Pachtzins nach Massgabe der Perception der Naturalprodukte getheilt wird. „Niemand kann durch einen einseitigen Akt, durch die Verpachtung, das Aequivalent für diejenigen Früchte gewinnen, welche ihm ohne die Verpachtung nicht gehören würden“ (a. a. O. S. 222 fg.).

Anstatt der römischen Regeln, welche auf diese Weise nur in einzelnen Fällen das Fruchtrecht von eigennützigen Spekulationen reinigen, haben wir eine allgemeine Regel vorgeschlagen, welche nicht nur die Parteiwillkür, sondern auch die dem Zufall entstammenden Unregelmässigkeiten und Benachtheiligungen beseitigt:

„Der Nachfolger im Nutzungsrecht hat dem bisher Nutzungsberechtigten den Theil der periodischen Früchte herauszugeben, welcher der Dauer der Befugniss des bisher Berechtigten innerhalb der laufenden Periode entspricht.“ [2]

Der civilpolitische Sinn dieser Regel besteht (ausser in der Beseitigung etwaiger möglicher Spekulationen) in Folgendem:

a) Wenn der Vormann in der Nutzung vorhersehen kann, dass sein Recht vor der Ernte endigt, so wird seine Thätigkeit mit,

1) Petražycki, Fruchtvertheilung, S. 60 fg.

2) Vgl. übrigens darüber Leonhard, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 14 rom. Abth. S. 281 fg. Besonders ernste Bedeutung hat der Vorwurf sub 1 (S. 282 a. a. O.) Wir haben zwar unsere Regel als eine dispositive Vorschrift aufgefasst (vgl. Fruchtvertheilung S. 256). Es ist indessen zuzugeben, dass sie durch einen entsprechenden Zusatz (z. B. „wenn kein anderer Parteiwille ersichtlich ist“) mit Nutzen beschränkt werden kann. Was den Einwand sub 2 (S. 282. 283 a. a. O.) anbetrifft, so sollte nach unserer Auffassung nur das Ende der vergangenen Periode in Betracht kommen (ad eundem diem

Rücksicht auf die Regel des römischen Rechts wenig produktiv sein weil sie durch das eigene Interesse wenig angeregt ist. Noch mehr, er hat nach römischem Recht ein Interesse daran, die Wirthschaft bis zur Grenze der rechtlichen Verantwortlichkeit zu vernachlässigen. Denn jede Verwendung von Arbeit und Geld ist für ihn ein reiner Verlust. Nach unserer Regel dagegen ist er am guten Erfolg jeder zukünftigen von ihm kultivirten Ernte direct interessirt.

b) Wenn der Vormann nicht vorher weiss, dass sein Recht im betreffenden Jahre vor der Perception aufhören wird, so steht in seinem Wirthschaftsplan ein irrthümlicher Aktiv-Posten, die fructus futuri. Infolge dessen verwendet er auf sein Leben oder auf seine anderweitige eigene Wirthschaft mehr als es wirthschaftlich angerathen wäre, wenn er die Aufhebung seines Rechtes vorhergesehen hätte. In diesen Fällen bringt unsere Regel einen Nutzen, analog demjenigen, welcher durch die Versicherung angestrebt wird.

In Anbetracht des modernen erschwerten Kampfes ums Dasein, wobei jede unerwartete Erschütterung verhängnissvolle Folgen herbeiführen kann, und in Anbetracht der modernen Intensität der Kultur, wobei das Interesse des Producenten am guten Ergebniss der Produktion volkswirthschaftlich von hohem Werth ist, ist das Eingreifen des objektiven Rechtes im obigen Sinne desto gerechtfertigter, weil die modernen Laien nicht so vorsichtig in ihren Geschäften alle Eventualitäten vorsehen, wie dies bei den Römern geschah.

II. Mit der Fruchtprästation ist auch die Anrechnung der Früchte auf die quarta (Falcidia, Trebellianica) verwandt. Das Institut der quarta hat den Sinn, dass es für den Erben Motive schafft, die Erbschaft anzutreten, obgleich diese ihm nicht verbleibt. Der Fiduciar hat nach allgemeinen Grundsätzen nur das erbschaft-

sequentis anni computandus annus est). Eventuell kann man dies im Gesetze besonders hervorheben. Bei der Dreifelderwirthschaft ist als Fruchtperiode nach unserer Meinung ein Jahr zu betrachten, weil entsprechende Früchte jedes Jahr gewonnen werden (vgl. l. 7 §§ 6, 7, 8 D. s. m. 24, 3): die Produktionskosten belasten das gesammte Jahreseinkommen vom Landgut, nicht aber speciell eine besondere Art der Früchte (vgl. Lehre vom Eink. I § 15), darum kommt gewöhnlich auch bei der Dreifelderwirthschaft nur das Jahr als eine Budgetsperiode in Betracht. In Bezug auf die Bemerkungen sub 3 (S. 283, 284) ist darauf aufmerksam zu machen, dass nach unserer Regel der Proprietar nach dem Ende des Niessbrauches von dem Niessbraucher (resp. dessen Erben) nichts zu fordern hat. Dass Leonhard wenigstens beim gesetzlichen Niessbrauch des Familienrechts die Theilung des landwirthschaftlichen Einkommens für angerathen hält (S. 284), ist sehr erfreulich. Hier ist die Theilung in der That besonders nothwendig. Jedenfalls ist der Vorschlag des § 77 m. des Entw. II. ganz unhaltbar (vgl. Lehre vom Eink. S. 331).

liche Kapital, nicht aber die Früchte dem Fideikommissar herauszugeben. Darum hätte er oft, auch ohne die Aussicht auf die Quarta, genügendes Interesse, die Erbschaft anzutreten, und zwar gilt dies in denjenigen Fällen, wenn der Fruchtgewinn eine gewisse Zeit hindurch in Folge einer vom Erblasser dem Fideikommiss hinzugefügten Bedingung oder Frist dem Fiduciar gesichert ist. Das römische Recht bestimmt nun für solche Fälle, dass die inzwischen gewonnenen Früchte den Anspruch auf die Quarta entsprechend mindern, oder gänzlich aufheben.[1] Darnach ist die Anrechnung der Früchte auf die Quarta keine wahre Fruchtprästation. Indessen können wir die einschlägigen Entscheidungen der Quellen für unsere Zwecke in weiterer Darstellung darum benützen, weil es sich auch hier um die Berechnung des reinen Einkommens handelt, insofern also die entsprechenden Regeln auch für die Fälle der Fruchterstattung verwerthbar sind.

---

1) l. 23 § 2 D. ad sctum. Treb. 36, 1; man könnte zwar dasselbe auch für die Fälle bestimmen, wenn der Fideikommissar, obwohl er die Herausgabe der Erbschaft sogleich fordern könnte, dieselbe freiwillig einstweilen dem Fiduciar belässt, sodass dieser die zur Deckung der Quarta genügende Summe Einkommen gewinnt. Eine derartige Regelung wäre aber kaum angerathen, weil dies unter Umständen zur wirthschaftlich schädlichen Verschleppung der interimistischen Zustände führen würde. Manche Fiduciare würden unter Umständen absichtlich oder aus Nachlässigkeit eine Zeit lang sich ruhig verhalten und zusehen, wie der Erbe seine Mühe und Zeit auf die Fruchtgewinnung verwendet, und erst später mit ihren Prätensionen auftreten.

Arten des Einkommens vom Standpunkt der Lehre vom Fruchtersatz.

§ 4. Vorbemerkung.

Die gemeine Lehre unterscheidet fructus percepti (Erträgnisse, welche thatsächlich gezogen wurden) und fr. percipiendi (Früchte, deren Ziehung bei Anwendung gehöriger Sorgfalt möglich war). In Bezug auf die fr. percipiendi besteht ein Streit darüber, ob darunter immer diejenigen Früchte zu verstehen sind, welche der Verpflichtete ziehen konnte, oder auch (bei gewissen Verhältnissen) diejenigen, welche der Gläubiger (der Kläger) gewinnen konnte (bekannte Kontroverse über den doppelten Massstab für die Feststellung der fr. percipiendi). In den meisten Kompendien des gemeinen Civilrechtes wird die Geltung des doppelten Massstabes und somit zweier Arten der fructus percipiendi angenommen. In der monographischen Literatur dagegen, welche der eingehenderen Untersuchung des einschlägigen römischen Quellenmaterials über die Früchte bei der rei vindicatio und hereditatis petitio gewidmet ist, überwiegt die entgegengesetzte Ansicht.

Dem Begriff des thatsächlich gewonnenen Einkommens haben wir den III. Theil des ersten Bandes (S. 143—217) gewidmet; darum werden wir uns hier nur mit den Regeln über das thatsächlich nicht gewonnene Einkommen beschäftigen. Da der a. a. O. von uns gewonnene Begriff der fr. percepti (universitas iuris, worin der Schätzungswerth der periodischen Einnahmen, als endgültigen Gewinnes [pretia fructuum, fructum nomine ab alio possessore percepta etc.], die Aktiva bildet, der Schätzungswerth der periodischen Wirthschaftskosten die Passiva) ein anderer ist, als nach der

gemeinen Lehre, so ist im Voraus zu erwarten, dass wir auch den Begriff der fructus qui percipi potuerunt entsprechend anders bestimmen werden, als dies in der Literatur geschieht. Ausserdem sind wir nach der Berücksichtigung des gesammten Quellenmaterials zu der Ueberzeugung gekommen, dass auf der Basis der Eintheilung der Früchte in percepti und percipiendi (auch bei Annahme des doppelten Massstabes) eine befriedigende Fruchtprästationstheorie unmöglich errichtet werden kann. Dazu ist vielmehr nothwendig, vier Arten des thatsächlich nicht gewonnenen Einkommens (genauer vier Schätzungsarten desselben) zu unterscheiden: 1. Versäumtes Einkommen (fructus percipiendi im engeren Sinne der herrschenden Lehre); 2. Verzugseinkommen (fr. percipiendi vom Standpunkt des Berechtigten berechnet nach der herrschenden Lehre); 3. Fingirtes Einkommen; 4. Geopfertes Einkommen.

Das Quellenmaterial über die Fruchtprästationen ist sehr umfangreich. Auch wenn die römischen Juristen die tiefere civilpolitische Bedeutung der sachgemässen Regelung der einschlägigen Verhältnisse nicht bewusst in Betracht zogen, so mussten sie doch jedenfalls als Rechtspraktiker die Wichtigkeit der Materie bemerken. In jedem Prozesse, welcher sich auf ein Grundstück oder andere Sachen, oder auf ein anderes unkörperliches ökonomisches Gut (hereditas, dos, peculium, servitus etc.) bezieht, kehrt die Frage nach der Schätzung des Einkommens wieder. Fast in jedem Civilprozesse ist ja das Einkommen, wenn nicht seit dem Beginn des Rechtsverhältnisses, so jedenfalls seit dem Verzug oder Prozessbeginn in Betracht zu ziehen. Vom Standpunkt der gerichtlichen Praxis aus handelt es sich also um ein höchst wichtiges Gebiet. Jetzt kommt es vor, dass in Bezug auf manche Fragen, welche (vom Standpunkt der Civilpolitik, wie) vom Standpunkt der Rechtsanwendung aus keine oder sehr geringe Bedeutung haben, eine grossartige Literatur sich entwickelt, während sehr wichtige Gebiete, wo man viel theoretisch und praktisch Nützliches schaffen könnte, gänzlich vernachlässigt werden. Dieses traurige Schicksal ist auch dem Begriff des Einkommens und seiner Anwendung im Civilrecht zu Theil geworden. Wie spärlich und wenig befriedigend ist die Literatur über die Früchte, während vielen anderen viel weniger wichtigen Rechtsmaterien grosse, höchst geistvolle Werke der genialsten Vertreter unserer Wissenschaft gewidmet sind! Wie bescheiden ist der Raum, welchen die Bemerkungen über die Früchte in den Lehrbüchern einnehmen! Die Früchte bilden ja nur eine

unter vielen Arten des Zuwachses, der Nebensachen — ein höchst nebensächliches Ding; viele andere Arten der Sachen sind viel wichtiger. Nach der ganzen Stellung der römischen Jurisprudenz zur Rechtsanwendung war ein solches Verhalten schon vom Standpunkt der gerichtlichen Praxis ausgeschlossen. Auch wenn man das Civilrecht als einen Tummelplatz der privaten Geldinteressen betrachten möchte, so müsste man in Betracht ziehen, dass die Kapitalisten doch wegen des Einkommens ein Interesse an dem Kapital haben. Sogar vom Standpunkt der Lehre über die Muttersache und die organischen Erzeugnisse sollte man eigentlich den Früchten mehr Aufmerksamkeit widmen, als dies in der modernen Literatur geschieht. Wenn uns das Bild vorschwebt, dass das Kapital eine grosse und ehrwürdige Mutter und die Frucht ein kleines Kind ist, so entspricht dies der Wirklichkeit sehr wenig. Wenn ein Schaf oder eine Kuh sich einige Jahre im fremden Besitze befindet, so kann es sehr leicht vorkommen, dass die Jungen grösser und werthvoller als die Mutter sind. Das Mutterschaf ist vielleicht nicht einmal $^1/_4$ der Summe werth, welche ihre Jungen repräsentiren.

Obwohl nun die römischen Juristen die Bedeutung der Fruchtfragen nicht ignorirten, so kann man doch unmöglich erwarten, dass sie bei jeder einzelnen Entscheidung über die Fruchterstattung alles wiederholen, was zur vollständigen Regelung der Fruchtfrage im betreffenden Falle gehört. Dies wäre schon aus dem Grunde unmöglich, weil die röm. Juristen so häufig über die Früchte zu entscheiden hatten. Ebenso ist es natürlich, dass die römischen Juristen nicht bei jedem Institut, wo sie über die Früchte zu sprechen haben, die Frage erörtern, was zu den Früchten gehört.

In der Literatur begegnen wir nun auf Schritt und Tritt wichtigen Irrthümern und Fehlschlüssen, welche aus der Ignorirung dieser einfachen und einleuchtenden Erscheinung hervorgehen. Schon im ersten Bande haben wir oft gegen solche Irrthümer zu kämpfen gehabt. Zur Veranschaulichung unseres Gedankens, welcher zwar sehr einfach, fast trivial, aber doch für die ganze weitere Darstellung sehr wichtig ist, erinnern wir an folgende Beispiele: a) Warum hat man die willkürlichsten Hypothesen über die Bedeutung der vindicatio gregis aufgestellt, so dass fast so viele Theorien wie Schriftsteller über die Frage existiren? Warum hat man andererseits die Lehre von der Summission mit der Lehre vom Niessbrauch verbunden und die einschlägigen Grundsätze vom

Standpunkt der Eigenthümlichkeiten des Niessbrauches zu erklären sich bemüht? Die Antwort lautet: weil die römischen Juristen gerade im Gebiete der Niessbrauchslehre erörtert haben, wie die Heerde als ein besonderes Gesammtkapital zu bewirthschaften, und was als Früchte davon zu betrachten ist. Dies geschah aber darum, weil Sabinus und Cassius durch ihre Entscheidung über die Rechte des Niessbrauchers einer Heerde den Anstoss zur Entwickelung der Summissionslehre gegeben haben, und die späteren Juristen in ihren Kommentaren der Tradition folgten. Man stellte in der Niessbrauchslehre fest, was zu den Früchten einer Heerde gehört, und unterliess entsprechende Wiederholungen bei anderen Instituten. Wenn der Zufall anders wollte, wenn die römischen Juristen die Summissionslehre zufälligerweise, z. B. nach Vorgang eines Labeo oder Sabinus, in den Kommentaren über die vindicatio behandelten und in der Niessbrauchslehre die Ergebnisse nicht wiederholten, würde der Sinn der vindicatio gregis der modernen Literatur nicht als Räthsel erscheinen; dagegen würde man die Summission vom Standpunkt des Besitzes fremder Sachen konstruiren und sich vielleicht wundern, warum in den Quellen der Begriff usus fructus gregis vorkommt, welchen Sinn er hat. b) Welche Ursache hat den langjährigen Streit über die Begründung der Fruchtprästationen hervorgerufen, nämlich den Streit, ob der Grund der Fruchterstattung darin liegt, dass die Früchte den Zuwachs (accessiones, Nebensachen) der Muttersache bilden, oder darin, dass die Früchte gewesene Theile der Hauptsache oder dergl. sind? Die Ursache des Streites besteht darin, dass die römischen Juristen nicht bei jedem Anlass wiederholen, dass die zu erstattenden Früchte eine universitas (unus fructus) der abstrakten Passiva und Aktiva bilden, welche mit einer Neben- oder Theilsache gar nichts zu thun hat. Sonst müsste man sogleich einsehen, dass der ganze Streit höchst naiv ist und dass man nach einer besseren Theorie der Fruchtprästationen suchen muss.

Wir müssen nun im Weiteren sehr vorsichtig mit der Benutzung des Stillschweigens der römischen Juristen vorgehen. Besonders aber ist zu beachten: wenn ein Jurist dem Fruchtpflichtigen eine Art der Fruchtprästation in seiner Entscheidung auferlegt, muss man sich hüten, daraus ohne Weiteres (per arg. a contrario) zu schliessen, dass er den Fruchtpflichtigen damit von einer anderen Art der Fruchtprästation befreien will.

quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt (l. 51 pr. D. fam. erc. 10, 2).

Cum homo ex testamento petitus est, causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori et . . . fructus fundorum interim percepti in hoc iudicium deducuntur (l. 91 § 7 D. de leg. 30.).

Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur . . . ac propterea postea captos fructus . . . restitui oportet (l. 2 D. de usuris 22, 1).

Da haben wir drei übereinstimmende Stellen, welche bezeugen, dass nach dem Prozessbeginn fructus percepti zu prästiren sind. Höchst verkehrt aber wäre der Schluss daraus, dass der Beklagte, wenn er die Wirthschaft vernachlässigt und keine Früchte zieht, die fr. percipiendi nicht zu leisten habe. Noch mehr, trotz dieser Stellen ist sicher anzunehmen, dass der Beklagte unter Umständen noch andere Arten der Früchte ausser den percepti und percipiendi zu leisten hat. Schon auf Grund der angeführten Stellen können wir behaupten, dass man in allen Fällen logisch inkorrekt gehandelt hat, wo man per arg. a contrario aus der Erwähnung nur einer Art der Fruchtprästation in den Quellen den Schluss zog, dass andere Arten der Früchte nicht zu prästiren sind.

§ 5. A. Verschuldete Mindereinnahme (Versäumtes Einkommen, fructus percipiendi).

Unter den sog. fructus percipiendi versteht man diejenigen Früchte, welche durch die culpa des Fruchtpflichtigen nicht percipirt wurden. Der Ersatz der fr. percipiendi ist also eine Art der Verantwortlichkeit für das schuldhafte Betragen. Was den Inhalt dieser Verantwortlichkeit anbetrifft, so sind darüber in der Literatur zwei Meinungen aufgestellt worden. Nach der einen ist der Fruchtpflichtige nur für die Unterlassung der Perception der bereits existirenden Früchte verantwortlich, nach der anderen, herrschenden Meinung auch für die Unterlassung der zur Fruchterzeugung nothwendigen Arbeiten. Die erstere Meinung ist namentlich in der „Lehre von der Frucht“ von Heimbach vertreten:

„Die Stellen der römischen Juristen und Kaiser,“ meint Heimbach (S. 172), „sprechen alle von Früchten, die hätten percipirt werden können, im Gegensatz der Percepti d. h. solcher, die vom Besitzer nach der Abtrennung von der Hauptsache in Besitz ge-

nommen worden sind. Dieser Gegensatz lehrt nun augenscheinlich, dass hier nicht von der Unterlassung der zur Erzeugung solcher Früchte nöthigen Arbeiten die Rede ist, sondern einzig und allein von dem Mangel der Perception, d. h. der Apprehension der Frucht als Einzelsache. Demnach wird die Existenz, das Hervorkommen der Früchte aus der Hauptsache, hier bereits vorausgesetzt, und percipiendi sind überhaupt nicht denkbar, wofern keine Früchte erzeugt werden. Sodann spricht für die hier angenommene Ansicht der Ausdruck qui ex ea (hereditate) fructus capere vel possidere neglexit,[1] welcher zur Bezeichnung der percipiendi fructus von Paulus gebraucht wird, und recht eigentlich auf den Besitzerwerb der bereits der Sache entwachsenen Früchte sich bezieht, keineswegs aber auf die Unterlassung der zur Fruchterzeugung nothwendigen Arbeiten gedeutet werden kann."

Zum Zweck des näheren Beweises dieser Sätze führt Heimbach die einschlägigen Stellen der Pandekten an,[2] in welchen in der That nicht von den die Früchte erzeugenden Arbeiten gesprochen wird, sondern lediglich von der unterlassenen Perception (S. 173. 174). „Ganz die nämliche Auffassung der Sache findet sich auch bei dem alten Institutionenerklärer Theophilus zu dieser Stelle (§ 2 J. de off. iud. 4, 17) vor, welcher zur Bezeichnung jener Früchte Ausdrücke gebraucht, welche nicht von dem Hervorbringen, vom Erzeugen solcher Früchte durch Anwendung von Fleiss und Cultur, sondern nur von dem Besitzerwerbe derselben verstanden werden können. Er sagt *ἐκείνων γὰρ τῶν καρπῶν προφάσει, οὓς οἰκείᾳ κούλπᾳ ὁ τῆς κληρονομίας οὐκ ἐξελέξατο νομεύς*, d. h. illorum autem fructuum nomine, quos hereditatis possessor culpa sua non collegit. Gleich nachher ist die Rede von *τῶν κατὰ ῥαθυμίαν αὐτοῦ μὴ ληφθέντων καρπῶν*, d. h. fructuum, qui negligentia eius percepti non sunt" (S. 175).

„Im Uebrigen lässt sich auch auf das Bestimmteste nachweisen, dass der Besitz einer fremden Sache noch keineswegs dazu verpflichtet, auf ihr Arbeiten zum Zwecke der Fruchterzeugung vorzunehmen. Ganz klar liegt dieses Princip in der Lehre von dem redlichen Besitze zu Tage, wo einige von den klassischen Juristen zwischen den sogenannten Industrialfrüchten und den

1) Paulus S. I, 13 B. § 8.

2) l. 25 § 4 D. 5, 3; l. 39 § 1. D. 30; l. 33 pr. D. 6, 1; Pauli S. I. 13 B. § 8; l. 3 C. 4, 24; l. 1 § 1 C. 3, 31; l. un. Th. C. 4, 18; l. 2 C. 7, 52; l. 4 C. 8, 4; l. 5 C. 3, 32; l. 2 C. 8, 25; § 2 J. 4, 17.

natürlichen unterscheiden wollen. Von jenen hatte man wohl allgemein angenommen, dass sie durch Abtrennung von der Hauptsache dem redlichen Besitzer zufallen, und als Grund dieser Annahme wird angegeben, dass solche Früchte durch die Handlung des Besitzers hervorgebracht werden (l. 45 D. de us. et fr. 22, 1). Indessen hatte man schon zu den Zeiten des Paulus sich darüber geeinigt, dass dies auch für die natürlichen Früchte anzunehmen sei. Wenn man aber darüber nicht zweifelhaft war, dass die Früchte, welche der redliche Besitzer einer fremden Sache aus dieser durch seine Mühe und Arbeit hervorgebracht hat, demselben als Eigenthum zufielen, so ist es unmöglich anzunehmen, dass der Besitz als solcher die Verpflichtung auferlegt habe, dergleichen Arbeiten vorzunehmen. Dasselbe Princip zeigt sich auch im Besitze der von einem Ehegatten dem anderen geschenkten Sachen. Auch hier fallen die Industrialfrüchte dem Besitzer als Eigenthum zu, weil sie durch seine Thathandlung erzeugt worden sind (l. 45 D. de us. 22, 1). Demnach kann auch hier der Besitz an und für sich nicht Ursache davon gewesen sein, dass der Besitzer zur Vornahme solcher Arbeiten verbindlich erachtet wurde. Einen weiteren Grund für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht gewährt die Verbindung der Nutzung mit dem Besitze im älteren römischen Rechte, woraus sich ergiebt, dass der Besitzer die Befugniss hatte, die Früchte der Sache zu percipiren, mithin auch berechtigt war, die zur Erzeugung von Industrialfrüchten nöthigen Arbeiten auf der Sache vorzunehmen. Was ihm in dieser Zeit als rechtliche Befugniss zukam, kann ihn, wenn es unterlassen ward, unmöglich zum Schadenersatz verpflichtet haben. Endlich wird ausdrücklich bezeugt,[1] dass es dem redlichen Besitzer nicht angerechnet werden könne, wenn er es unterlässt, die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Kosten auf sie zu verwenden. Um wieviel weniger kann er für die Unterlassung von Arbeiten, welche zur Erzeugung von Industrialfrüchten nothwendig waren, verantwortlich gewesen sein?" (S. 175. 176 eod.).

Was den zweiten Theil der Beweisführung von Heimbach anbetrifft, so ist er prima facie leicht zu widerlegen. Aus der Thatsache, dass Jemand zur Erzeugung der Früchte auf fremdem Grundstück befugt ist, folgt noch nicht der Schluss, dass er zu dieser Fruchterzeugung nicht verpflichtet ist. Man kann ja

1) l. 31 § 3 D. 5, 3 (de her. pet.).

zu einer Handlung berechtigt und zugleich verpflichtet sein. So ist der Niessbraucher zu einer gehörigen Kultur auf dem Grundstück berechtigt und verpflichtet.[1] Der b. f. possessor ist wirklich zur Erzeugung der Früchte nicht verpflichtet. Dies folgt aber nicht aus der Prämisse von Heimbach, sondern aus dem Umstande, dass dem vom fremden Rechte nicht wissenden Besitzer weder eine Pflicht zu gewissen Handlungen noch eine culpa im Falle der Unterlassung derselben beigemessen (imputirt) werden kann. Darum haftet aber auch der nichtwissende Besitzer für keine fructus percipiendi. Aus der Lehre von der b. f. possessio können wir also keine Schlüsse für die Bedeutung des Begriffes fr. percipiendi ziehen.

Eine ernstere Stütze für die Heimbachsche Theorie sind die einschlägigen Ausdrücke der Quellen, welche nicht von der Produktion, sondern von der unterlassenen Perception reden. Wenn die perceptio eine körperliche Handlung bedeutet, welche auf die Aneignung der Frucht als einer körperlichen Sache gerichtet ist, dann ist die Theorie von Heimbach nur eine konsequente und vollkommen richtige Durchführung dieses Begriffes der Perception. Zwar sucht Wächter[2] die konsequente Argumentation von Heimbach in folgender Weise zu entkräften:

„Wenn fructus percipiendi Früchte sind, die man als Einzelsachen hätte ergreifen können, aber nicht ergriffen hat: so kann der Grund, aus welchem man sie hätte ergreifen können, ein doppelter sein. Man hätte sie ergreifen können, weil sie gewachsen sind (Heimbach's alleinige Unterstellung); man hätte sie aber auch ergreifen können, weil man sie hätte zum Wachsthum bringen können. Der Grund des Nichtergreifens ist somit ebenfalls ein doppelter: weil man entweder die gewachsenen Früchte vernachlässigte oder dem Berechtigten die Möglichkeit entzog, Früchte zum Wachsthum zu bringen. In dem Ausdrucke der röm. Quellen „fructus, qui percipi potuerunt" liegt schon dem Wortsinne nach beides; ein Grund zu einer Beschränkung müsste erst nachgewiesen werden. Dies hat aber Heimbach nicht gethan."[3]

1) Vgl. l. 13 pr. §§ 1, 2. D. de usu fr. 7, 1.
2) Wächter, Erörterungen I. S. 65 fg.
3) Aehnlich Savigny, System VI. S. 118, welcher bemerkt, dass percipere freilich unmittelbar bloss den Akt des Einsammelns bezeichne, dem Sinn nach aber auch die unerlässlichen vorbereitenden Handlungen mit in sich schliesse. Vgl. Schmid, Handbuch I § 15 N. 108; Francke, Kommentar S. 282 fg.; Wetzell, Der röm. Vindicationsprocess S. 249 fg.

Indessen scheint uns dieser Einwand nicht korrekt zu sein. Vom Standpunkt der gemeinen Auffassung der Begriffe „perceptio", „fructus percepti" enthält die Ausführung von Heimbach keine willkürliche Beschränkung des Begriffes fructus percipiendi. Im Gegentheil legt Wächter in das Wort perceptio mehr hinein, als nach seiner eigenen Prämisse (perceptio = Ergreifung der Früchte als Einzelsachen) darin enthalten ist. Danach bedeutet ja perceptio Erzeugung + Ergreifung der Früchte.

Beide Theorien, ebenso die herrschende wie die Heimbachsche, sind ebenso in Bezug auf ihren praktischen Inhalt wie in Bezug auf ihre logische Begründung irrthümlich. Die Quelle des Irrthumes befindet sich in der Prämisse, von welcher beide Theorien ausgehen. Wir haben schon oben (B. I § 14) gezeigt, dass die Ausdrücke „fructus percipere", „fructus percepti" doppelsinnig sind.[1] Und zwar bedeutet der Begriff „fructus percepti" in der Lehre vom Fruchtersatz gar nicht die „ergriffenen Früchte", sondern das gesammte Ergebniss der Produktion in seinem Geldwerth. Darnach gehört zum fructus percipere auch das Verkaufen oder sonstiges Verwerthen der Produkte, das Führen eines Prozesses gegen den Störer der Einkommensgewinnung (B. I § 14) etc. Wir brauchen also zu keiner willkürlichen Ausdehnung des Ausdruckes percipere zu greifen, um die Verantwortlichkeit für die unterlassene Erzeugung der Produkte hinein zu interpretiren. Andererseits folgt aus dem richtigen Begriff der fructus perceptio eine viel umfangreichere Verantwortlichkeit des Fruchtpflichtigen, als die durch die herrschende Meinung angenommene. Der Fruchtpflichtige ist nicht nur für die unterlassene Erzeugung und Ergreifung der Produkte, sondern für jede schuldhafte positive Handlung oder Unterlassung, welche den ökonomischen Endgewinn mindert, verantwortlich, mögen diese Handlungen oder Unterlassungen vor oder nach „Ergreifung" der Produkte geschehen. Die Ergreifung der Produkte ist überhaupt kein kritisches Moment in der Lehre vom Fruchtersatz. Die Besitzergreifung mag eine entscheidende Erscheinung für den Eigenthumserwerb an gewissen Früchten als Einzelsachen bilden. Die Frage nach dem Eigenthumserwerb an producirten Sachen hat mit der Frage nach dem Ersatz des erzielten reinen Einkommens nichts zu thun. Da die fructus percepti das Gesammtergebniss

1) Vgl. Dernburg I § 78 sub 4. Auf seine Begriffsbestimmung der fr. percipiendi (eod. sub 5) erstreckt sich im allg. die obige Kritik nicht.

der Einkommensgewinnung und das fructus percipere die dazu gehörende Gesammtthätigkeit umfassen, so ist der Fruchtpflichtige auch für die ungehörige Verwerthung der Rohprodukte verantwortlich. Wenn er das gewonnene Getreide nicht verkauft und dadurch der wirthschaftliche Endgewinn geringer wird, so ist diese Mindereinnahme als fructus percipiendi zu ersetzen (es wird natürlich vorausgesetzt, dass die Unterlassung des rechtzeitigen Verkaufes in der Nachlässigkeit des Fruchtpflichtigen ihren Grund hatte). Wenn die auf dem Gute gewonnene Milch die grössten Einkünfte durch ihre Verarbeitung in Käse und Butter bringt, dann muss der Verpflichtete die fr. percipiendi ersetzen, wenn er die Milch nachlässigerweise weniger vortheilhaft oder gar nicht verwerthet hat u. s. w. Ferner folgt aus unserem Begriffe der fructus percipiendi, dass der Fruchtpflichtige die verschuldete Mindereinnahme auch dann ersetzt, wenn er z. B. nachlässigerweise einen zu hohen Miethzins für die Dreschmaschine gezahlt, zu theuer den Saamen gekauft hat etc. Denn die Pflicht, das beste wirthschaftliche „facit" herbeizuführen, bedeutet nicht die Pflicht, das grösste Bruttoeinkommen, sondern die Pflicht, das grösste Reineinkommen zu gewinnen. Die Begriffe: fructus perceptio, fructus percepti und percipiendi sprechen nicht vom Brutto-, sondern vom Reingewinn. Wer aus Nachlässigkeit die Kosten der Wirthschaft nicht zu mindern sucht, der gewinnt schuldhafterweise weniger fructus, als er gewinnen konnte (vgl. l. 15 D. de imp. 25, 1: non tam impendas in eas res, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris). Wenn fructus eine universitas ist, so wird diese universitas ebenso durch die Minderung der Aktiva wie durch die Vergrösserung der Passiva gemindert. Kurz, der Ersatz für die fructus percipiendi bedeutet die Verantwortlichkeit für jede verschuldete Mindereinnahme im Sinne des reinen Einkommens unabhängig davon, in welcher Phase der Bewirthschaftung und in welcher Handlung oder Unterlassung die culpa enthalten ist.

Den aufgestellten Begriff der fructus qui percipi debuerunt brauchen wir nicht näher quellenmässig nachzuweisen; denn er ist nichts weiter als eine Anwendung und unmittelbare Folge des richtigen, oben (B. I, Theil III) genau nachgewiesenen Inhaltes der Begriffe fructus percepti, fructuum perceptio. Nur zur Veranschaulichung führen wir Stellen an, welche einzelne Konsequenzen der obigen Theorie enthalten.

1. Verantwortlichkeit für die Zeit vor der Ergreifung und sogar vor der Erzeugung:

Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt: et ideo si dolo aut culpa possessoris res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis eo usque fructuum rationem habendam, quo usque haberetur, si non perisset, id est ad rei judicandae tempus: quod et Juliano placet (l. 33 D. de R. V. 6, 1 vgl. l. 17 § 1 eod.).

Si mancipium quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret (l. 31 § 11 D. de aed. ed. 21, 1).

Die Früchte werden also auch bei den untergegangenen Sachen und todten Thieren geschätzt, wenn der Untergang durch die Schuld des Fruchtpflichtigen verursacht ist. Analog ist zu entscheiden, dass der Fruchtpflichtige auch dann für die Mindereinnahme verantwortlich ist, wenn er die Sache verdorben und dadurch weniger fruchtbar gemacht hat, wenn er zwar an die Erzeugung der Früchte nicht denken konnte, weil das Grundstück unter dem Wasser stand, die Wasserfluth aber durch seine Nachlässigkeit bei der Ausbesserung des Dammes verursacht war etc. Die herrschende Theorie kann auf diese Fälle nur durch folgende künstliche Argumentation erstreckt werden: um die Früchte zu ergreifen, muss man dieselben erzeugen, um sie aber zu erzeugen, muss man die Sache vor dem Untergang wahren, ergo . . . Aus der richtigen Theorie, welche unter fructuum perceptio nicht die Ergreifung der Produkte, sondern die gesammte auf die Erzielung des Einkommens gerichtete Thätigkeit, wohin auch die Erhaltung der Sache im produktionsfähigen Zustande gehört, versteht, ergeben sich die angeführten Entscheidungen einfach und unmittelbar.

2. Dass der Fruchtpflichtige für die gehörige Fruchterzeugung im engeren Sinne verantwortlich ist, ergiebt sich aus der l. 9 s. m. 24, 3:

Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur (vgl. l. 38 § 1 D. de usuris 22, 1).

Hier ist indirekt, aber klar ausgesprochen, dass derjenige, welcher nicht nur fructus percepti (qui pervenissent), sondern auch percipiendi ersetzt, d. h. für die culpa verantwortlich ist, durch diese Pflicht zur fortgesetzten Fruchterzeugung genöthigt wird.

3. Dass der Fruchtpflichtige auch für die gehörige weitere Behandlung und Verwerthung der Produkte nach ihrer „Ergreifung", im Allgemeinen für das Gesammtresultat verantwortlich ist, bezeugt die l. 9 § 6 D. de reb. auct. iud. 42, 5:

in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit neque locavit. ceterum si tantum perceptum est, quantum perciperetur, si locatus vel distractus fructus esset, nihil ei imputabitur.

Nach der herrschenden Lehre dagegen, welche unter fructuum perceptio die Besitzergreifung versteht und nur durch künstliche Argumentation die Verantwortlichkeit auf die diese Besitzergreifung vorbereitenden Handlungen erstreckt, braucht der Fruchtpflichtige nicht nur nicht für die gehörige Versilberung des Bruttoertrages zu sorgen, sondern auch nicht für die gehörige Verarbeitung der Produkte, welche nach der Besitzergreifung erforderlich ist. Daraus ergiebt sich die eigenthümliche Konsequenz, dass z. B. der Besitzer das geerntete Getreide in den Scheunen aufzubewahren hat, ohne dasselbe zu dreschen etc., dass er das erbeutete Erz in rohem Zustande aufbewahren darf und soll, anstatt dasselbe der nöthigen Verarbeitung zu unterwerfen und auf den Markt zu bringen.

4. Der Fruchtpflichtige ist auch für solche Handlungen verantwortlich, welche überhaupt in keinem Zusammenhange mit den Erzeugnissen, die producirt und ergriffen werden könnten, stehen:

Modestinus respondit tutorem eorum redituum nomine rationem pupillae reddere debere, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. Item respondit, si minus a servo tutor percepit, quam bona fide ex fundo percipi potuit, ex eo, de quo pupillae sit obstrictus, quantum ex peculio servi servari possit, eidem tutori proficere debere, scilicet si non perdituro servo administrationem credidit (l. 32 § 2. 3. D. de adm. et per. 26, 7).

Man ist also für die Mindereinnahme verantwortlich, welche in Folge einer nachlässigen Wahl des Gutsadministrators eingetreten ist.

Aus der l. 23 § 9 D. de aed. ed. 21, 1 folgt, dass der Fruchtpflichtige die Mindereinnahme ersetzt, welche aus der schuldhaften

Unterlassung des Prozesses gegen einen dritten entstanden ist, von welchem er etwas fructuum nomine erlangen konnte.

Ebenso widersprechen der herrschenden Lehre die Stellen, welche pensiones, quae percipi potuerunt, ersetzen lassen. Es ist ganz unberechtigt, wenn Wächter und andere diese Stellen als Stütze ihrer Theorie gegen die Heimbachsche anführen. Sie widersprechen beiden Theorien zugleich. Auch die Theorie der Quasiperception, welche die Fälligkeit der Zinsforderung der Besitzergreifung an den Erzeugnissen gleichstellt, vermag den Widerspruch nicht zu beseitigen; die Verantwortlichkeit des Fruchtpflichtigen für die Gewinnung der Pachtzinse umfast viel mehr, als die Herbeiführung einer solchen quasi-perceptio, welche nichts mehr als eine gewaltsame Erstreckung des Institutes der Besitzergreifung an Separationsfrüchten auf ganz heterogene Erscheinungen zum Zweck der Konstruktion bildet.

Der zweite Fehler der Heimbachschen und der herrschenden Theorie besteht darin, dass man unter den fructus percipiendi die fructus in brutto versteht (von der „Ergreifung" des reinen Einkommens kann keine Rede sein, weil das reine Einkommen nur ein abstrakter Begriff, nicht aber eine greifbare Sache ist). Daraus ergeben sich viele unerträgliche Konsequenzen; insbesondere folgt aus der herrschenden Lehre, dass der Fruchtpflichtige so viel wie möglich Rohprodukte gewinnen soll, ohne Rücksicht darauf, ob es sich bei den bestehenden Preisen und Kosten der Produktion diese Produkte zu erzielen und zu sammeln lohnt. Vom richtigen Standpunkte aus gehört vielmehr zur pflichtmässigen fructuum perceptio auch die sorgfältige Berücksichtigung des Marktes und der Kosten der Produktion. Wenn in der l. 9 § 6 D. de reb. auct. cit. gesagt wird: ceterum si tantum perceptum est, quantum perciperetur, si locatus vel distractus fructus esset . . ., so vergleichen hier die Worte tantum — quantum nicht etwa die Summe des erreichbaren Pachtzinses mit der Quantität (Mass, Gewicht etc.) der gewonnenen Rohprodukte (was absurd wäre), sondern die Summe des Reingewinnes (in Geld) bei der Verpachtung und bei der Selbstwirthschaft. Der Fruchtpflichtige ersetzt daher mehr als das thatsächlich gewonnene Einkommen, wenn er in Folge der nachlässigen Berechnung eine für die bestehenden Marktverhältnisse zu intensive Wirthschaft geführt hat, im Allgemeinen, wenn er nicht die erforderliche Sorgfalt auf die Minderung der Kosten der Produktion verwendet hat. Darum heisst es in der l. 1 C. de fruct. 7, 51,

dass vom Bruttogewinn „iusti sumptus“ deducirt werden. Wenn der Fruchtpflichtige das gewonnene Einkommen auf 5000 berechnet: 15 000 in brutto und 10 000 Kosten, dabei aber sich erweist, dass bei genügender Sorgfalt die Kosten auf 8000 reducirt werden konnten, so muss er 7000 leisten.

Das Streben, den grössten möglichen Gewinn zu erzielen, führt oft zu Ausschreitungen des Egoismus, zur Ausbeutung der Mitmenschen und sonstigem unsittlichen Betragen. Der Begriff der fructus percipiendi fordert aber keineswegs die Gewinnung des Einkommens ohne Rücksicht auf Anstand und sittliche Pflichten. Daher wird betont:

fructus . . . qui percipi honeste potuerunt (l. 33 D. de R.V.).

fructus, quos unusquisque diligens pater familias et honestus colligere potuisset (Pauli S. I. 13 B. 9).

Der Begriff des honestus pater familias, d. h. eines rechtschaffenen und anständigen Menschen, wechselt natürlich mit der Zeit und erhält mit dem Fortschritt der Volksethik einen immer höheren Inhalt. Eine charakteristische negative Illustration dazu enthält die l. 27 § 1 D. de H. P. 5, 3:

Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur (l. 27 § 1 D. de H. P. 5, 3).

Die Hauptbedeutung der Beschränkung auf die honesta perceptio besteht für die modernen socialwirthschaftlichen Zustände im Folgenden: Der Fruchtgläubiger kann dem Schuldner nicht zum Vorwurf machen, dass dieser weniger Einkommen erzielt hat, weil er die in der übernommenen Wirthschaft früher üblichen Manipulationen zur Ausbeutung der Konsumenten unterlassen hat. Dasselbe bezieht sich auch auf die Ausbeutung der Arbeiter bei der Produktion. Es sind ja wichtige Gesetze über die Sonntagsruhe, Kinderarbeit etc. erlassen. Allein es giebt Tausende von Manipulationen, welche gesetzlich nicht verboten sind und zur Ausbeutung führen. Wenn der Fruchtpflichtige solche Manipulationen unterlässt und dadurch weniger Einkommen erzielt, ist er nicht verantwortlich. Ebensowenig ist er verpflichtet, fructus percipiendi zu leisten, wenn er zum Wohl der Konsumenten oder der Arbeiter die vom Standpunkt der honesta fructuum perceptio nöthigen

Kosten bestreitet. Z. B. der Besitzer eines Miethshauses vergrössert die Kosten der sanitären Unterhaltung des Hauses, weil früher gesundheitsschädliche Zustände herrschten u. s. w.

Welchen Sinn hat das Institut der fr. percipiendi, welchen Nutzen bringt es? Gewöhnlich beschränkt man sich darauf, die Erscheinung im römischen Rechte zu konstatiren, ohne dieselbe kritisch zu würdigen und nach ihrer Bedeutung zu forschen. Nur in Dernburg's Pandekten (B. I. 4. Aufl. § 78 am Ende) begegnen wir einem mehr kritischen Verhalten. Seine Erklärung lautet: „Wer zum Fruchtersatz verbunden ist, hat meist auch den gewinnbaren Fruchtertrag zu erstatten. Dies erleichtert dem Kläger die Durchführung seiner Ansprüche. Denn was ein Beklagter aus dem fruchttragenden Kapital wirklich gezogen hat, lässt sich häufig nicht nachweisen, was aber das Kapital hätte bringen können, ist in der Regel durch Sachverständige festzustellen.“ Wir glauben gleichfalls, dass das Institut der fr. percipiendi dem Kläger unter Umständen eine Beweiserleichterung verschafft. Wenn der Kläger in Bezug auf eine Einnahme oder die Höhe derselben die Thatsache der Perception nicht nachzuweisen vermag, so kann er die Summe mitunter aus dem Grunde mit Erfolg beanspruchen, weil sie jedenfalls gewonnen werden konnte. Indessen glauben wir, dass diese Beweiserleichterung nur einen sozusagen zufälligen Nebennutzen der Grundsätze über die fructus percipiendi bildet, dass unser Institut vielmehr andere Zwecke verfolgt. Dass der Zweck der Regeln über die fr. percipiendi jedenfalls nach dem römischen Rechte nicht in der Beweiserleichterung besteht, scheint sich sowohl aus den Regeln selbst, wie aus dem Gebiete ihrer Anwendung zu ergeben: a) Um dem Kläger die Beweiserleichterung in Bezug auf das gewonnene Einkommen zu verschaffen, müsste man den Begriff eines Durchschnittsertrages aufstellen, d. h. eine gesetzliche Vermuthung einführen, dass ein Durchschnittsertrag an Früchten gewonnen ist oder gewonnen werden musste. Denn nur bei solcher Regelung könnte das Gutachten der Sachverständigen den speciellen Nachweis ersetzen, dass der Beklagte so und so viel gewonnen habe, und dass diese Summe des Einkommens beim entsprechenden Verhalten des Beklagten um so viel höher ausgefallen sein würde. Dies ergiebt sich daraus, dass bei den meisten Arten der Wirthschaft, insbesondere bei der Landwirthschaft (noch mehr bei der Weinkultur),

von einem regelmässigen und ohne Berücksichtigung konkreter Thatsachen durch Sachverständige feststellbaren gewinnbaren Ertrag kaum die Rede sein kann, wenn das Gesetz durch die Vermuthung des mittleren Ertrages nicht nachhilft. In Folge verschiedener Zufälligkeiten, insbesondere meteorologischer Art, gewinnt der Landwirth unter Umständen trotz der besten Sorgfalt kein oder ein sehr geringes Einkommen in einem Jahre und eine verhältnissmässig sehr grosse Summe in dem anderen Jahre. Daher können die Sachverständigen nur dann die vom Beklagten vorgelegte Rechnung beanstanden, wenn eine Mindereinnahme in concreto auf die culpa des Beklagten sich nachweislich zurückführen lässt. Das sächsische Recht, welches die Vermuthung des Durchschnittsertrages aufstellt, ist in der That dem Zweck der Beweiserleichterung angepasst, von dem römischen Recht lässt sich das gleiche u. E. nicht behaupten. b) Fructus percipiendi werden nach dem römischen Recht, wie wir uns später überzeugen werden, in denjenigen Fällen prästirt, in welchen der Fruchtschuldner zur Zeit der Gewinnung des Einkommens wusste, oder doch voraussehen konnte, dass er das gewonnene Einkommen einem Anderen würde zurückerstatten müssen. In den Fällen, wo der Fruchtpflichtige dies nicht voraussehen konnte, findet dagegen der Ersatz des versäumten Einkommens nicht statt. Diese Erscheinung lässt sich vom Standpunkt der dem Kläger zugedachten Beweiserleichterung nicht erklären.

Alle Schwierigkeiten verschwinden, wenn wir das Institut der fr. percipiendi auf folgende Weise erklären: Wer ein Grundstück oder andere Kapitalien bewirthschaftet und zugleich weiss, dass der erzielte Gewinn nicht ihm, sondern einem Anderen zu Gute kommen wird, hat kein Interesse daran, dass die Produktion gut betrieben werde. Er hat keine (egoistischen) Motive, sich besonders anzustrengen, da doch das Ergebniss seiner Mühe und Sorgfalt ihm nicht verbleibt. Das Institut der fr. percipiendi verfolgt nun den einfachen, aber vom Standpunkt der Volkswirthschaft aus wichtigen Zweck, bei dem Fruchtschuldner Motive zu schaffen, für die ordentliche Produktion zu sorgen, obgleich das erzielte Einkommen einem Anderen herausgegeben werden muss. Wenn er die Produktion vernachlässigt, leidet sein eigenes Vermögen darunter. Wie wichtig das Institut des Ersatzes der fr. percipiendi vom Standpunkt der Volkswirthschaftspolitik ist, können wir leicht einsehen, wenn wir annehmen, dass irgend welches Civilrecht dasselbe gestrichen oder nicht aufgenommen hätte, so dass nur die fr. per-

cepti in Betracht kämen. Dann würden die Wirthschaften, die sich nicht in den Händen desjenigen befinden, welchem der Gewinn zukommt, schwer leiden und daraus ein chronischer Verlust an Volksreichthum entstehen. —

Die neueren bürgerlichen Gesetzbücher folgen im Allgemeinen dem Beispiel des römischen Rechtes in Bezug auf die Regeln über den Ersatz der fr. percipiendi. Da indessen die Nachahmung nicht zielbewusst durchgeführt wurde, so begegnen wir in diesem Gebiete oft auffallenden civilpolitischen Fehlern. Dies bezieht sich auch auf den Entwurf. Später werden wir ganze Kategorien der Fälle kennen lernen, in welchen der Entwurf mit Unrecht keine Pflicht, die fr. percipiendi zu ersetzen, aufstellt. Jetzt führen wir nur ein Beispiel an, um die Motive zu charakterisiren, welche für den Verfasser des Entwurfs bei der Entscheidung der Frage, ob der Fruchtschuldner zum Ersatz der fr. percipiendi verpflichtet werden soll, massgebend waren. Wir haben schon oben erwähnt, dass der Entwurf den Fehler begangen hat, die Fruchterstattung bei den Vermächtnissen einzuführen. In Bezug auf die fr. percipiendi konnte nun hier der Verfasser eine nachzuahmende Entscheidung im römischen Rechte nicht finden; es war also hier das selbständige Denken nöthig. Man hat entschieden, dass der Vermächtnissnehmer nur die gewonnenen Früchte zu beanspruchen hat. („Der Anspruch aus einem Vermächtnisse . . . umfasst auch den Zuwachs und die von dem Gegenstande seit dem Anfalle des Vermächtnisses gezogenen Früchte". § 1878 E. I.). Dazu wird in den Motiven bemerkt, dass es „zu weit gehen" würde, „wenn der Inhalt der Verpflichtung dahin bestimmt würde, der Beschwerte solle auch diejenigen Früchte ersetzen, welche er zu ziehen unterlassen hat (percipiendi)." Eine solche Verpflichtung lasse sich aus dem Willen des Erblassers nicht herleiten (M. B. V. S. 195). Ist es nicht eine Entscheidung aufs Gerathewohl, wenn man daran denkt, ob bei der Besorgung der Interessen des Vermächtnissnehmers weiter oder nicht so weit zu gehen ist? Wir betrachten den Anspruch des Legatars auf die Früchte, wie gesagt, überhaupt als eine unnöthige und vom civilpolitischen Standpunkt schädliche Verwickelung des Verhältnisses. Wenn wir aber den Anspruch auf die fr. percepti einmal angenommen hätten, würden wir auch den Anspruch auf die fr. percipiendi einführen, nicht

etwa aus Sympathie für den Vermächtnissnehmer oder aus Rücksicht auf den Willen des Erblassers, welcher gewöhnlich an die Frage über die fr. percipiendi überhaupt nicht denkt, sondern aus den oben angedeuteten Gründen der Civilpolitik. Ob der Vermächtnissnehmer im Falle der nachlässigen Wirthschaft des Erben aus der Tasche des letzteren etwas bekommt oder nicht, ist für uns unwichtig. Wenn es thatsächlich dazu kommt, dass der Erbe wegen seiner Versäumniss der Fruchtperception aus eigener Tasche dem Bedachten etwas zu geben gezwungen wird, so ist nur zu bedauern, dass das Gesetz über die Haftung für fr. percipiendi in diesem Falle seinen Zweck verfehlt hat und angewendet werden muss, damit seine Autorität und seine Kraft, die Handlungsweise anderer Erben zu beeinflussen, nichts einbüsse. Es wäre vielmehr zu wünschen, dass das Gesetz niemals zur Anwendung komme, dass die fr. percipiendi nicht aus dem Geldbeutel des Erben, sondern aus dem bewirthschafteten Grundstück gezogen würden. Im letzteren Falle wird das allgemeine Wohl gefördert, während im ersteren Falle nur die Tasche des Vermächtnissnehmers auf Kosten des Erben gefüllt wird.

Was den Begriff selbst des versäumten (und gewonnenen) Einkommens im Entwurf anbetrifft, so enthält der (in Folge der Verweisungen sehr wichtige) § 901 der zweiten Lesung folgendes:

„Der Besitzer hat dem Eigenthümer die Nutzungen herauszugeben, welche er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit gezogen hat. Die auf die Gewinnung der Nutzungen verwendeten Kosten sind von dem Eigenthümer insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmässigen Wirthschaft entsprechen und den Werth der Nutzungen nicht übersteigen.

Hat der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht gezogen, die er nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirthschaft hätte ziehen können, so ist er dem Eigenthümer zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt“ (zu vergleichen mit dem § 903: „Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigenthümer für den Schaden verantwortlich, welcher dadurch entsteht, dass die Sache in Folge seines Verschuldens verschlechtert wird, untergeht oder aus einem sonstigen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann“).

Diese Bestimmungen bilden in zwei Hinsichten einen Fort-

schritt gegenüber der ersten Lesung. [1] Zunächst ist die Pflicht, die gewonnenen Früchte in natura zu erhalten, weggefallen. Dies ist übrigens nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern ergiebt sich nur daraus, dass die Verantwortlichkeit des Besitzers für die Unmöglichkeit der Herausgabe in natura nach der endgültigen Redaktion auf die Kapitalsache beschränkt ist (§ 903), während nach der ersten Lesung und der ursprünglichen Redaktion der zweiten für die Nutzungen dasselbe galt, wie für die Hauptsache. Die Verbesserung ist übrigens ungenügend, weil man den rechtzeitigen und ordnungsmässigen Verkauf der Produkte nicht nur gestatten, sondern zur Pflicht machen sollte. Es war einfach anzuerkennen, dass es sich um das Geldeinkommen handelt. Man ist indessen auf dem halben Wege stehen geblieben. — Die zweite Verbesserung besteht darin, dass man den Begriff des Reineinkommens insoweit anerkannt hat, als man dem Fruchtpflichtigen „die auf die Gewinnung der Nutzungen verwendeten Kosten“ vergüten lässt. Uebrigens ist man auch hier auf dem halben Wege stehen geblieben; ja, man kann sagen, dass die eigenthümlichen Grundsätze der ersten Lesung fast im vollen Umfange gerettet sind. Denn der Besitzer muss die Früchte an sich als Brutto-Einkommen prästiren. Der § 901 giebt ihm aber dafür eine Gegenforderung wegen der Kosten. Daher bedeuten eigentlich auch die fr. percipiendi nach dem Entwurfe die nicht gezogenen Früchte in brutto. Es ist aber anzunehmen, dass beim Ersatz dieser fr. percipiendi der Besitzer eine Gegenforderung wegen der entsprechenden nicht gemachten Verwendungen geltend machen kann. Es kommt also eine eigenthümliche Erscheinung, nämlich der Ersatz der imp. faciendae zu Tage. — Auf die eingehende Kritik der Begriffe fructus percepti und percipiendi nach dem Entw. II können wir wohl verzichten, weil das Nöthige sich aus den obigen Ausführungen

---

1) D. i. gegenüber § 931 des Entw. I.; auch gegenüber der „Vorläufigen Zusammenstellung“ der Beschlüsse der zweiten Lesung, wonach bestimmt werden sollte (§ 929a): „Die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe erstreckt sich auf die nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Herausgabe gezogenen Nutzungen.“

„Von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Anspruches auf Herausgabe an ist der Besitzer dem Eigenthümer für den Schaden verantwortlich, welcher dadurch entsteht, dass in Folge seines Verschuldens die Sache oder die gezogenen Nutzungen untergehen oder verschlechtert werden oder er in anderer Weise ausser Stand gesetzt wird, die Herausgabe zu bewirken oder Nutzungen, die er bei ordnungsmässiger Verwaltung ziehen würde, nicht gezogen werden.“

über die Regeln des röm. R. und aus dem im Band I über die Verwendungen und Früchte Ausgeführten ergiebt.

Um einen sachgemässen Begriff des gewonnenen und versäumten Einkommens zu gewinnen, muss man vor Allem den Begriff der Früchte selbst gründlich umgestalten. Sonst bleiben im Gesetzbuche zahllose verkehrte Sätze stecken. So z. B. ergiebt es sich aus der Zusammenstellung des § 77 k und der §§ 901, 903 des E. II, dass der Besitzer eines Landgutes mit lebendem Inventar, einer Heerde und dgl. die abgängigen Stücke in natura zu erhalten verpflichtet ist, weil sie keine Früchte sind etc. Ferner ist die Theorie des Entwurfes über die Verwendungen gründlich umzugestalten. Wir glauben im ersten Bande genügend bewiesen zu haben, dass die Eintheilung der imp. in die Verwendungen auf die Sache selbst und auf die Gewinnung der Früchte völlig naiv und verkehrt ist. Ferner genügt es nicht, die Frage nach den Einkommenverwendungen bei dem Eigenthumsanspruch zu regeln. Der Begriff des Reineinkommens hat eine universale Bedeutung für das ganze Civilrecht. Jetzt bemerken wir im Entwurf die eigenthümliche Erscheinung, dass das Sachenrecht die Einkommenverwendungen berücksichtigt hat, das Obligationenrecht dagegen (und der allg. Theil) nur die Früchte in brutto kennt, ohne sich der Kostenfrage zu erinnern. Man muss im allgemeinen Theil des Systems den Begriff des reinen Einkommens aufstellen. Wünschenswerth wäre auch die Hervorhebung der sittlichen Grenze des zu erstrebenden Gewinnes bei dem Begiff der fr. percipiendi (honeste). Die Beschränkung: („Die auf die Gewinnung der Nutzungen verwendeten Kosten sind von dem Eigenthümer insoweit zu ersetzen), als sie . . . den Werth der Nutzungen nicht übersteigen“ ist u. E. zu streichen. Sie ist in Anbetracht der modernen intensiven und technisch feinen Wirthschaft civilpolitisch kaum gerathen, weil der Besitzer, um der eventuellen Gefahr vorzubeugen resp. um den möglichen Schlag zu mildern, sich wohl hüten wird, viel Geld auf die Wirthschaft zu verwenden. Sein Wirthschaftsplan muss sich ganz anders gestalten, als volkswirthschaftlich angerathen wäre. Jedenfalls begünstigt die kritisirte Bestimmung das Gedeihen der Wirthschaft nicht. Andererseits kann sie den Eigenthümer unter Umständen zu einer eigennützigen Spekulation verleiten. Er kann unter Umständen die Erhebung der Prätension aufschieben und vorläufig zusehen, was das Jahr dem Besitzer bringt. Ist eine Missernte eingetreten, so bleibt der Verlust dem Besitzer; ist

das Jahr günstig, so kommt der Gewinn dem Eigenthümer zu Gute. Bei der modernen kostspieligen Wirthschaft bringt der Entwurf unter Umständen dem Eigenthümer ein sehr bedeutendes Geschenk auf Kosten des Besitzers, so dass die Spekulation darauf sich sehr lohnen kann. Wenn wir noch dazu die besonderen Konsequenzen berücksichtigen, welche sich aus der bekämpften Bestimmung in Folge der verkehrten Regelung des Fruchtbegriffes im Entwurfe ergeben, so ist sie sicher nicht zu billigen. Anstatt einer theoretischen Ausführung zwei Beispiele: a) Jemand besitzt ein fremdes Gestüt 2 Jahre. Da die von ihm ordnungsmässig verkauften dressirten Pferde nach dem Entwurf keine Früchte sind, so ist der Werth der „gezogenen Nutzungen“ sehr gering; der Besitzer wird durch die bekämpfte Bestimmung ruinirt. b) Jemand besitzt ein fremdes Landgut mit einem Forste. Wenn er den Forst fällt und das Holz verkauft (um die Frage nicht zu kompliciren, nehmen wir an, dass seine Handlungsweise an sich keinen wirthschaftlichen Schaden anrichtet), so macht er die kritisirte Bestimmung für sich unschädlich, weil alle Bäume nach dem Entwurf zu den Nutzungen gehören und somit ein sehr hohes Einkommen trotz der etwaigen Missernte erzielt ist.

§ 6. B. Fingirtes Einkommen.

Der Begriff (und der Ausdruck): fingirtes Einkommen (fingirte Rente) ist nicht neu. Er ist vielmehr schon durch die Volkswirthschaftslehre festgestellt, der Beachtung seitens der Finanzgesetzgebung empfohlen und durch die Einkommensteuergesetzgebung verwirklicht worden.

Das sächsische Einkommensteuergesetz vom 2. Juli 1878 bestimmt in § 15:

„Als Einkommen gilt die Summe aller in Geld oder Geldeswerth bestehenden Einnahmen der einzelnen Beitragspflichtigen mit Einschluss des Miethwerthes der Wohnung im eigenen Hause oder sonstiger freier Wohnung.“

§ 18 sub 3 eod.:

„Der Miethwerth der vom Eigenthümer zum Wohnen oder sonst für die Zwecke seiner Haushaltung benutzten Häuser oder einzelner Theile von solchen, einschliesslich zugehöriger Hausgärten, ist nach ortsüblichen oder, wenn diese keinen Anhalt bieten, nach den in der Umgegend üblichen Preisen zu berechnen.“

Das preussische Einkommensteuergesetz vom 24. Juni 1891 enthält in § 13 folgende Bestimmung:

„Für nicht vermiethete, sondern von dem Eigenthümer bezw. Nutzniesser selbst bewohnte oder sonst benutzte Gebäude ist das Einkommen nach dem Miethswerthe zu bemessen."

Die in Wirklichkeit nicht gewonnenen Miethszinse werden also im Falle des Selbstgebrauches der Wohnung dem gewonnenen Einkommen gleichgestellt („gilt als Einkommen"). Darum nennt man diese Erscheinung fingirte Rente, wobei die Fiktion nicht etwa eine theoretische „Nothlüge", sondern nur eine Gleichstellung der sonst verschiedenen Erscheinungen in gewisser Beziehung bedeutet.

Die römische Formel „fructus, qui percipi potuerunt", „pensiones, quas percepit aut percipere poterat" enthält keinen Hinweis darauf, dass der Grund der Erstattung der Miethzinse die culpa des Verpflichteten bilde. Darum hat man diese Formel als ungenau getadelt.[1] In der That ist sie vom Standpunkt der herrschenden Lehre unbestimmt und ungenau. Der Ausdruck „pensiones quae percipi potuerunt" kann nämlich auf eine doppelte Weise ausgelegt werden: 1. gewinnbare Miethzinse, welche der Verpflichtete aus Nachlässigkeit nicht gewonnen hat; 2) gewinnbare Miethzinse, welche nicht gewonnen wurden, weil der Verpflichtete den Selbstgebrauch vorgezogen hat. Nach unserer Meinung ist die Formel in diesem doppelten Sinne zu verstehen. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus, welche in den fr. qui percipi potuerunt nur die durch die Schuld des Fruchtpflichtigen nicht gewonnenen Früchte enthalten findet, erscheint es sonderbar und unerklärlich, warum die römischen Juristen der „genauen" Formel: fr. qui culpa alicuius percepti non sunt in den meisten Fällen die obige unbestimmte und zweideutige Formel vorziehen. Auffallend ist auch folgende Erscheinung:

Im Cod. Theod. l. 1 de fruct. 4, 18 heisst es:

fructus ..., quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Bei der Reception dieses Passus in den Cod. Just. hat man folgende redaktionelle Aenderung gemacht: quos percipi potuisse, non quos eum redegisse constabit (l. 2 C. de fruct. 7, 51). [NB. In der Ausgabe von Krüger steht im Text „oportuisse". Vgl. dazu Note 18 daselbst. Der Herausgeber hat also die Emendation nach dem C. Theod. wieder beseitigt].

1) Francke, Kommentar S. 283.

Vom civilpolitischen Standpunkt ist die herrschende Lehre (resp. das römische Recht, wenn darnach die Formel pensiones, quae percipi potuerunt . . . den ihr durch die herrschende Lehre zugeschriebenen engen Sinn hat) sehr mangelhaft.

A. Darnach müssten wir annehmen, dass z. B. der Besitzer einer fremden Sache, welche ohne die Vermiethung (oder ähnliche Rechtsgeschäfte) keine fructus einbringt, die Pflicht hat, die Sache nach Möglichkeit zu vermiethen. Dies wäre in vielen Fällen für beide Parteien und somit für die Allgemeinheit schädlich. Oft ist der Selbstgebrauch viel sachgemässer und nützlicher als die Vermiethung, so dass wir in der Unterlassung der an sich möglichen Vermiethung keine unordentliche Wirthschaft, keine culpa zu erkennen vermögen. Man nehme folgende Beispiele:

1. Gewiss würde sich ein römischer Erbe nicht immer darüber freuen, dass der Besitzer seiner Erbschaft alle Sklaven zu mercenarii macht, so dass diese bei der Wanderung von einem Miether zum anderen demoralisirt werden.

2. Ein städtisches Haus gehört zwei Personen A. und B. Während einer längeren Abwesenheit des A. hat B. einen Theil des Hauses selbst bewohnt, einen Theil vermiethet. Kann der A. nach der Rückkehr dem B. sagen, dass das Einkommen von dem nicht vermietheten Theil des Hauses aus dem Grunde geschätzt werden soll, weil B. nicht als ein bonus pater familias gehandelt hat, indem er nicht das ganze Haus vermiethet hat? Eine solche Begründung wäre ganz lächerlich. Kein vernünftiger Mensch würde dem socius als culpa vorwerfen, dass er einen Theil des gemeinsamen Hauses selbst bewohnt hat. Warum soll er sich selbst eine andere Wohnung miethen und das gemeinsame Haus ganz vermiethen? Vielleicht enthielte diese komplicirte und zwecklose Manipulation gerade eine Unordentlichkeit, welche gegen die gemeinsamen Interessen verstiesse. Indem der Miteigenthümer selbst im Hause wohnte, hat er die Kosten eines Hausverwalters erspart, da er selbst das Haus beaufsichtigte, die nothwendigen Massregeln selbst vornehmen konnte etc. Obwohl im Betragen des B. keine culpa enthalten ist, werden doch die pensiones, quae percipi potuerunt, geschätzt. Der Grund der Schätzung und der Theilung (Einrechnung) besteht nicht in der schuldhaften Unterlassung der Vermiethung, sondern eben darin, dass B. selbst das Haus benutzt hat.

3. Der Eigenthümer einer Nähmaschine vindicirt dieselbe von einer Schneiderin, welche diese Maschine nicht vermiethet, sondern selbst benutzt hat. Kann man darin, dass die Schneiderin die Maschine nicht vermiethet hat, eine culpa erblicken? Zunächst wäre es nicht leicht, einen Miether zu finden. Sodann aber wollte die Schneiderin vielleicht noch aus dem Grunde nicht nach Miethern suchen, weil der Uebergang einer Nähmaschine aus einer Hand in die andere für dieselbe gefährlich wäre.

4. Der Niessbraucher eines Hauses will nach Beendigung seines Rechtes das Haus für den Proprietar räumen. Dieser ist aber von einer Reise noch nicht zurückgekehrt. Der Niessbraucher will das Haus darum nicht vermiethen, weil er nicht sicher ist, ob dies den Absichten und Interessen des Proprietars entspräche. Darum wohnt er weiter im bisherigen Niessbrauchshause und ersetzt dem Eigenthümer nach dessen Rückkehr den Miethzins, welcher durch die Vermiethung hätte erzielt werden können. Besteht der Rechtsgrund des Ersatzes von Miethzinsen in irgend welcher Schuld des Niessbrauchers?

5. Kann man einem Gutsbesitzer als culpa anrechnen, dass er einen Pflug, ein Pianino, eine Kutsche, ein Reitpferd, an welchem ein Nachbar sein Eigenthum behauptet und nachher wirklich nachweist, nicht vermiethet, sondern selbst benutzt?

Kurz, die vermeintliche allgemeine Vermiethungspflicht ist zu verwerfen und der Selbstgebrauch in vielen Fällen als eine vollkommen gerechtfertigte und sachgemässe Handlungsweise anzuerkennen.

B. Angenommen, aber nicht zugegeben, dass der Besitzer einer fremden Sache und dgl. immer für die Gewinnung der Miethszinse nach Möglichkeit zu sorgen verpflichtet ist, so erscheint doch die Formel: pensiones, quas percepit vel percipere potuit, im Sinne der herrschenden Lehre als civilpolitisch mangelhaft. Denn auch dann können Fälle vorkommen, dass die Nichtvermiethung im konkreten Falle keine Pflichtverletzung ist, wenn z. B. unter den gegebenen Umständen das Suchen nach Miethern völlig aussichtslos wäre. Wenn nun der Fruchtpflichtige in einem solchen Falle die Sache selbst gebraucht, so ist eine Erstattungspflicht für ihn weder vom Standpunkt der pensiones perceptae, noch vom Standpunkt der pensiones culpa non perceptae zu begründen. Dies würde aber eine Prämie auf die malae fidei possessio bedeuten.

Wenn wir an diejenigen Fälle der Fruchtersatzpflicht denken,

welche nicht aus einer Rechtsverletzung, sondern aus Verwaltungsverhältnissen entspringen, so zeigt sich, dass bei diesen die Nichtanwendung des Begriffes: fingirtes Einkommen vom civilpolitischen Standpunkt noch schädlicher wäre. Der Charakter der Uneigennützigkeit, welchen die Civilpolitik für diese Verhältnisse postulirt, könnte dann nicht bewahrt werden. Der Vormund, der Mandatar würden nicht ausschliesslich für die ihnen anvertrauten Interessen sorgen, sondern auch für das eigene lucrum ex alieno. Auch diejenige Politik, welche in dem Institut der fructus percipiendi steckt, würde in vielen Fällen gestört, wenn wir dieselbe durch das Institut des fingirten Einkommens nicht vervollständigten. In den Fällen, wo die Vermiethung wirthschaftlich angerathen und möglich ist, würde der Fruchtpflichtige dieselbe unterlassen, um den Selbstgebrauch zu lukriren, wenn er hofft, dass man ihm gerichtlich keine culpa werde nachweisen können.

Aus einer zwar für einen speciellen Fall bestimmten, aber durch Analogie sehr wohl ausdehnbaren Entscheidung von Papinian ersehen wir sehr klar, dass die Theorie des fingirten Einkommens, welche als eine wissenschaftliche Entdeckung der Nationalökonomie des XIX. Jahrhunderts gilt, dem grossen römischen Juristen sehr wohl bekannt war:

Cum autem post mortem suam rogatus hereditatem restituere res hereditarias distrahere non cogatur heres, sortium, quae de pretiis earum redigi potuerunt, usurae propter usum medii temporis perceptae non videbuntur: denique nec periculum mancipiorum aut urbanorum praediorum praestare cogitur: sed nihilo minus usus et casus eorum quadrantem quoque deminuit (l. 60 § 6 D. ad sctum Treb. 36, 1).

Der Erbe, welcher die Erbschaft als Fiduciar bis zum Tode behält, ist selbstverständlich berechtigt, die mancipia und praedia urbana selbst zu benutzen; er ist nicht verpflichtet, dieselben zu vermiethen. Nichtsdestoweniger wird das Einkommen davon auf Grund des usus geschätzt und in seine Quart eingerechnet (usus eorum quadrantem deminuit). Hier greift die Fiktion Platz: propter usum pensiones perceptae videbuntur. Warum Papinian eine andere Berechnung des fingirten Einkommens, nämlich nach dem ortsüblichen Zinsfuss vom Geldeswerth der erbschaftlichen Gegenstände (usurae propter usum medii temporis perceptae videbuntur) in dem Falle für möglich hält, wenn der Erbe zur

Versilberung der Gegenstände verpflichtet wäre, werden wir in der Zinsenlehre zu erörtern haben.

Im Sinne der Fiktionstheorie ist gewiss auch die l. 64 D. de R. V. von Papinianus zu verstehen:

Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est.

Auf den ersten Blick enthält der Ausspruch einen Widerspruch. Einerseits wird angenommen, dass der Gegenstand non fructui ist, andererseits wird behauptet, dass die Früchte davon doch rückerstattet werden müssen. Dadurch wird klar die Fiktion angedeutet: propter usum fructus percepti videntur.

Uebrigens gehörte der Begriff des fingirten Einkommens zu den logischen Werkzeugen der römischen Jurisprudenz schon vor Papinian. So bemerkt Pomponius:

id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit (l. 9 pr. D. de don. 39, 5).

Nach dem oben Ausgeführten glauben wir mit Sicherheit annehmen zu können, dass die Formel pensiones perceptae vel quae percipi potuerunt und dgl. nicht nur die wirklich gewonnenen und die schuldhafterweise nichtgewonnenen Miethszinse bedeutet, sondern auch das fingirte Einkommen mit umfasst. Pensiones quae percipi potuerunt — ist eine bequeme Formel, welche die technische Weise der Schätzung des versäumten und fingirten Einkommens angiebt, ohne den Grund der Schätzung nominatim hervorzuheben. Sie besagt, dass im Falle der Unterlassung der Vermiethung das nichtgewonnene Einkommen nach den gewinnbaren Miethszinsen zu schätzen ist.

Der Passus: fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent (l. 62 D. de R. V. von Papinianus) ist daher nicht etwa in dem Sinne zu verstehen, dass die Voraussetzung der Schätzung nur das schuldhafte Betragen des Fruchtpflichtigen sein kann. Er deutet vielmehr nur die Schätzungsweise (pensiones percipi solitae) an. Man muss die am betreffenden Ort von der fraglichen Sache gewinnbaren Miethszinse berechnen. Zu den Gründen der Schätzung gehört aber auch der Satz: qui utitur, pensionem percipere videtur. Desgleichen wäre es ganz willkürlich in die Entscheidung:

Praeterea Gallus Aelius putat, si vestimenta aut scyphus petita

sint, in fructu haec numeranda esse, quae locata ea re mercedis nomine capi potuerint (l. 19 pr. D. de usuris 22, 1) —

die Voraussetzung hineinzuinterpretiren, dass die Kleider etc. schuldhafterweise nicht vermiethet wurden. Die Stelle giebt nur die Methode der Schätzung an, ohne Annahme der sonderbaren Pflicht, für die Vermiethung der Kleidungsstücke zu sorgen. Ebenso kann keine Rede von der culpa z. B. in folgender Stelle sein:

Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas eius spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit (l. 31 D. de R. V. 6, 1).

Der Besitzer eines fremden Sklaven hat diesen zum Künstler ausgebildet. Die Kosten der Ausbildung (imp. utiles) werden dem Besitzer nicht ersetzt. Andererseits aber darf der Eigenthümer die Schätzung der Mehreinnahme, welche aus dem artificium erzielt werden könnte, nicht beanspruchen. Er kann also nur die Schätzung desjenigen Einkommens fordern, welches vom Sklaven, als einem Kapitalstück, in dem Falle hätte gezogen werden können, wenn dieser Sklave ein einfacher Arbeiter geblieben wäre, d. h. man rechnet diejenigen Miethszinse zusammen, welche man erzielen könnte, wenn man den Sklaven als eine einfache Arbeitskraft vermiethet hätte. Diese Schätzung gründet sich gewiss auf keine culpa des Besitzers. Sonst müssten wir der Entscheidung folgende absurde Konstruktion zu Grunde legen: der Eigenthümer fordert vom Besitzer die Miethszinse, welche dadurch versäumt wurden, dass der Besitzer schuldhafterweise den Sklaven als einen einfachen Arbeiter nicht vermiethet hat. Andererseits ergiebt sich aus der Stelle, dass der Besitzer auch die Kunst des Sklaven durch die Vermiethung auszunutzen nicht verpflichtet ist. Die fructus qui percipi potuerunt werden nicht darum geschätzt, weil der Besitzer den Sklaven schuldhafterweise nicht zum mercenarius gemacht hat. Im Gegentheil kann der Eigenthümer unter Umständen sehr zufrieden damit sein, dass der Sklave im Hause des Besitzers verblieb. Der Ausdruck fructus (d. h. hier mercedes) qui percipi potuerunt enthält nur die Methode der Schätzung. Der Grund derselben besteht darin, dass der Besitzer selbst die operae servi genossen hat. Der Genuss der qualificirten operae übersteigt den Nutzen der einfachen operae, enthält also in sich auch den geringeren Vortheil der letzteren. Die Schätzung der ortsüblichen

Miethszinse für die einfachen operae ist die Methode der Analyse, der Aussonderung.

Ebensowenig glauben wir daran, dass Paulus in der ersten Hälfte der Stelle (etiam impuberis aliquae operae esse possunt) die Vermiethungspflicht und die kulpose Versäumniss dieser Pflicht voraussetzt. Sonst müssten wir annehmen, dass der Jurist die Vermiethung der Sklavenkinder an fremde Leute als ordentliche und normale Handlungsweise eines bonus et honestus pater familias angesehen habe!

Uebrigens ist zu bemerken, dass nicht alle römischen Juristen die uns interessirende Rechtserscheinung vom Standpunkt der von Papinianus vertretenen Fiktionstheorie konstruirt haben. Namentlich hat man sich die Schätzung des Einkommens im Falle des Selbstgebrauches der Sklavenarbeit vielfach anders zurechtgelegt:

Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt. et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis servorum (l. 4 D. de op. serv. 7, 7 Gaius).

Cum de servi operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt, sed mediastini secundum ministerium: et ita Mela scribit. Si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet. Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit. Ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio (l. 6 eod. Ulpianus).

Zunächst konstatiren wir, dass das praktische in den beiden Stellen ausgesprochene Recht der Theorie des fingirten Einkommens nicht widerspricht. Dass auch bei der Einschätzung des fingirten Einkommens der Satz gilt: et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis[1] impensis intellegitur — ist selbstverständlich. Wenn man die fingirte Rente von einem selbstbewohnten Hause einschätzen will, so muss man natürlich von dem gewinnbaren ortsüblichen Miethszins, welcher das gewinnbare ortsübliche Brutto-Einkommen bildet, wie immer bei der Schätzung des reinen Einkommens, die entsprechenden Verwendungen abziehen. Ferner ergiebt sich aus der l. 6 cit., dass der Einschätzung zu Grunde gelegt wird der orts-

1) Ueber den Sinn des Wortes necessariis in diesem Falle vgl. Band I S. 168.

übliche Miethszins, nicht aber der durch den Gebrauch des Sklaven wirklich erzielte ökonomische Gewinn. Dies erhellt insbesondere aus den Worten: Cum de servi operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt, sed mediastini secundum ministerium. Dies bedeutet: bei der Einschätzung wird die Kunstfertigkeit des Sklaven entsprechend berücksichtigt (pro modo); indessen kommen besondere individuelle Eigenschaften nicht in Betracht, man muss vielmehr den mittleren, den gewöhnlichen Werth der entsprechenden qualificirten Arbeit ermitteln. Der Arbeitsmarkt nivellirt die Individualität. Der Werth der operae wird aber nach den Marktpreisen, d. h. nach den ortsüblich gewinnbaren mercedes bestimmt. Von der Schätzung der in concreto erzielten Gebrauchsvortheile ist keine Rede.

Die praktischen in den angeführten Stellen angedeuteten Sätze befinden sich also mit der Theorie des fingirten Einkommens, wie sie Papinian vertritt, vollkommen im Einklang. Dagegen tritt der Widerspruch in der theoretischen Formulirung der Erscheinung, in der Konstruktion, klar zu Tage. Fructus hominis in operis consistit, operae restituendae sunt: die operae selbst sind also Früchte, sie sind als fructus percepti zu schätzen und zurückzuerstatten. Wir würden dagegen mit Papinian sagen: operae selbst sind keine Früchte, sie werden auch nicht zurückerstattet. Wohl aber werden hier, wie bei anderen Sachen, quae usui sunt, die Früchte, d. h. die mercedes, auf Grund der Fiktion prästirt: propter usum operarum mercedes perceptae videntur. Diese letztere Formulirung ist u. E. viel korrekter, und zwar handelt es sich nicht nur um die Worte, sondern um die richtige Wiedergabe des Wesens der Erscheinung und viele andere theoretische Vorzüge. Wir geben der Fiktionstheorie namentlich aus folgenden Gründen den Vorzug: a) Die Auffassung von Ulpian würde bei der konsequenten Durchführung zur Verflüchtigung und Verzerrung des Begriffes fructus führen; b) auch manche specielle theoretische Unzuträglichkeiten und Widersprüche würden daraus entstehen, z. B.: die Quellen und die Rechtswissenschaft stellen den Satz auf, dass der Usuar eines Hauses, eines Sklaven nur zum usus, nicht aber zur Fruchtgewinnung berechtigt ist. Nach der bekämpften Auffassung müssten wir aber sagen, dass das Wesen des usus immer in der Fruchtperception besteht. c) Dem wahren Sachverhalt ist nur die Fiktionstheorie adäquat. Denn in Wirklichkeit wird gar nicht der wirklich erzielte Nutzen prästirt, sondern etwas davon Grundverschiedenes,

nämlich der durchschnittliche ortsübliche Kapitalzins, wie ihn die Gewohnheiten des Miethsmarktes fixiren. d) Bei der bekämpften Konstruktion müsste man konsequent annehmen, dass bei allen Sachen, quae usui sunt, die Früchte zu prästiren sind, denn der usus ist fructus perceptio. Dies wäre aber falsch. Nach dem positiven Recht wird der ortsübliche Miethzins geschätzt. Daraus ergiebt sich aber, dass bei manchen Sachen trotz des usus gar nichts zu prästiren ist. Denn der Miethsmarkt kann unter Umständen auf die Anfrage nach dem ortsüblichen Miethszins einer Sache die Antwort ertheilen: „o“ oder „Unbestimmt“. Nicht alle Sachen sind „locari solitae“. Bei den Familienportraits, Brillen, Spazierstöcken und dergl. wird der Beklagte nach der Regel: in fructu haec numeranda esse, quae locata ea re mercedis nomine capi potuerint, nichts zu leisten haben.

In unserer Schrift über die Fruchtvertheilung befindet sich folgender Passus (S. 186):

„Seius hat mit seinem Socius Titius ein bescheidenes Handelsgeschäft. Er hat Ersparnisse gemacht, seinen Socius abgefunden und einen Sklaven gekauft. Der Sklave hat sich als sehr geschickt erwiesen, die Funktionen des früheren Socius viel besser erfüllt, so dass Seius anstatt 1000, welche er noch mit dem Socius zu theilen hatte, 2000 jährlich gewinnt. Das hat ihm nach zwei Jahren ermöglicht, im besseren Stadttheil ein besseres Geschäftslokal zu kaufen, besser einzurichten und überhaupt das Handelsgeschäft zu erweitern. Jetzt kommt Sempronius, vindicirt den Sklaven und fordert die Herausgabe von 2000, welche der Sklave dem Seius eingebracht hat.“

Jetzt wissen wir, dass in dieser Ausführung ein Fehler steckt. Nach dem römischen Rechte hat der (m. f.) possessor den thatsächlichen Vortheil, welchen ihm der Sklave eingebracht hat, in unserem Beispiel 2000, nicht herauszugeben. Anstatt des wirklichen Vortheils, welcher ihm verbleibt, hat er vielmehr das fingirte Einkommen zu leisten. Wenn wir voraussetzen, dass der ortsübliche Miethszins für den Sklaven in unserem Beispiel auf 300 jährlich zu schätzen wäre, so hat der Besitzer nur 600, nicht aber 2000 zu prästiren. Vom praktischen Standpunkt aus aber entsteht die Frage: ist die Fiktionstheorie des römischen Rechtes sachgemäss? Wäre es nicht richtiger, anstatt das in Wirklich-

keit nicht gewonnene Einkommen als gewonnen zu fingiren, einfach den wirklich gewonnenen Vortheil erstatten zu lassen? Diese Frage gewinnt desto grösseres Interesse, weil wir im Entwurf (§ 77 l. der zweiten Lesung) folgende Bestimmung vorfinden:

„Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechtes sowie die Vortheile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt.“ [1]

Darnach sind in denjenigen Fällen, wo die Erstattung der Nutzungen vorgeschrieben ist, nicht nur die Früchte zu erstatten, sondern auch die Vortheile, welche der Verpflichtete durch den Gebrauch der Sache oder des Rechtes erzielt hat. In unserem Beispiel hätte also der Besitzer nicht (wie nach dem römischen Rechte) 600 fingirtes Einkommen, sondern 2000 (den thatsächlich erzielten Vortheil) zu erstatten. Uebrigens ist aus diesem Beispiel nicht zu schliessen, dass der Grundsatz des fingirten Einkommens für den Ersatzpflichtigen immer günstiger ist, als die Regel des Entwurfes. Es kann sehr leicht vorkommen, dass der durch den Gebrauch des Kapitals erzielte Vortheil viel geringer als die Summe des fingirten Einkommen ist: z. B. wenn Jemand das fremde Haus zur Einrichtung eines Restaurants oder eines Handelsgeschäftes benutzt und keine Kunden findet. Nur gewöhnlich ist die Fiktionstheorie für den Verpflichteten günstiger, weil sie ihm den Unternehmergewinn nicht entzieht, indem der Berechtigte sich mit dem ortsüblichen Kapitalzins zu begnügen hat.

Dass das römische Recht sachgemässer ist, als die Bestimmung des Entwurfes, zeigen folgende Erwägungen:

Wenn die Bestimmung des Entwurfes principiell gerechtfertigt wäre, so müsste sie doch vom praktischen Standpunkt verworfen werden, weil ihre Anwendung in praxi höchst schwierig, ja ohne

---

1) Vereinzelte Bemerkungen ähnlichen Inhalts kommen auch in der gemeinrechtlichen Literatur vor. So bemerkt z. B. Wetzell (Vindikationsprozess S. 163): „Mit der Hauptsache werden die Accessionen restituirt, und zu ihnen gehören, abgesehen von dem, was durch äussere Verbindung eins mit der Hauptsache geworden ist, vor allem die eigentlich organischen Erzeugnisse, der partus ancillae und die natürlichen Früchte; dann aber auch die fructus civiles, und unter diesen der Vortheil, welchen der Besitzer von Sachen, „quae usui non fructui sunt“, aus deren Gebrauch gezogen hat (l. 64 de R. V.; l. 62 pr. eod.).“ Indessen sind solche Aeusserungen ohne Einfluss auf die allgemeine Fruchtlehre geblieben. Hätte man sie beachtet, so würde man vielleicht den Begriff der Civilfrüchte, als der durch Rechtsgeschäfte gewonnenen Früchte, fallen lassen (denn in diesem Falle liegt kein Rechtsgeschäft vor) oder man wäre bei näherer Analyse des Quellenmaterials zur Theorie des fingirten Einkommens gelangt.

die grösste Willkür, ohne die Schätzung aufs Gerathewohl, unmöglich ist. Um diese Schwierigkeiten klar zu machen, unterscheiden wir zwei Arten des Gebrauches:

1. Der Gebrauch einer Sache kann zum Produktionszweck geschehen. Die Besitzerin einer fremden Nähmaschine gebraucht dieselbe bei der Schneiderei. Ein Haus wird als Raum für ein Handelsgeschäft oder eine Manufakturanstalt gebraucht (produktiver Gebrauch). Es kommt nun im praktischen Leben wirklich vor, dass man berechnet, welchen pekuniären Vortheil der produktive Gebrauch einer Sache gebracht hat. Z. B. die Schneiderin berechnet, dass die gekaufte Maschine ihren Gewinn um 100 Mark in der Rechnungsperiode erhöht habe. Ebensowenig unmöglich scheint unsere hypothetische Annahme im oben angeführten Beispiel zu sein, wonach der Besitzer des fremden Sklaven durch den Gebrauch desselben als Verwalter seines Handlungsgeschäftes 2000 Gewinn erzielt hat. Indessen sind derartige Berechnungen immer mehr oder weniger willkürlich, oft ganz unmöglich. Je mehr Faktoren bei der Produktion resp. bei dem Erwerb zusammenwirken und das Gesammtergebniss beeinflussen, desto schwieriger wird es zu bestimmen, wie viel vom Gesammtgewinn jedem Faktor zuzuschreiben ist. Wer kann bestimmen, wie viel Gewinn dem Gutsbesitzer der Gebrauch eines fremden Pferdes oder einer Maschine bei den Feldarbeiten gebracht hat!

2. Von noch grösseren praktischen Schwierigkeiten erlöst uns der Begriff des fingirten Einkommens in den Fällen, wenn der Gebrauch die unmittelbare Befriedigung eines Bedürfnisses des Subjektes bezweckt, z. B. ein fremdes Reitpferd wird vom Besitzer zu Spazierritten gebraucht, ein fremdes Pianino wird von den Familienmitgliedern des Besitzers zum Spielen während der Tanzabende benutzt (consumtiver Gebrauch).[1] Der Besitz des Pianinos bringt gewiss dem Besitzer einen Nutzen; dieser Nutzen kann aber pekuniär nicht bestimmt werden, weil der Musik- und Tanzgenuss und das Geld inkommensurable Dinge sind.

Kurz, der § 771. des Entwurfes bietet der Praxis keine wahre Lösung der Aufgabe, sondern nur Räthsel. Man hat einen theoretischen Satz aufgestellt, ohne an seine praktische Anwendung

1) Der Gegensatz zwischen dem produktiven und consumptiven Gebrauch liegt den l. 14 §§ 1. 2. 3 D. de usu 7, 8; l. 5 § 2 D. usufr. quemadm. 7, 9 zu Grunde. Fructus sine usu (wobei usus = produktiver Gebrauch) ist unzulässig. Fructus sine usu (usus = consumtiver Gebrauch) ist möglich.

zu denken. Die Praxis wird gewiss anstatt der Vortheile des Gebrauches den ortsüblichen Miethszins schätzen, wie dies die angeführten Steuergesetze und das römische Recht vorschreiben.

Es ist anzunehmen, dass derjenige, welcher eine fremde Sache wissentlich selbst gebraucht, anstatt dieselbe zu vermiethen, den Vortheil des Selbstgebrauches mindestens ebenso hoch schätzt, wie die merces quae percipi potuit. Zu dem Selbstgebrauch wird man nicht gezwungen; man kann wählen.

Freilich kann der Begriff des fingirten Einkommens in der obigen Gestalt nicht in denjenigen Fällen angewendet werden, wo der Gebrauchende nicht weiss, dass er aus diesem Grund ersatzpflichtig wird. Besonders für die weniger begüterten Leute könnte die Theorie des fingirten Einkommens in solchen Fällen verhängnissvoll werden. Eine Familie, für welche die Miethe eines Pianinos oder einer Sommervilla nach ihrem Vermögensstand ein unerschwinglicher Luxus wäre, wird diese Gegenstände oft gebrauchen, wenn sie ihr z. B. als Eigenthum oder zum Niessbrauch vermacht sind. Im Falle der nachträglichen condictio indebiti in Folge der Ungültigkeit des Vermächtnisses wäre es vom civilpolitischen Standpunkt natürlich ungerechtfertigt, das fingirte Einkommen schätzen zu lassen. Wir werden uns später überzeugen, dass das römische Recht nur im Falle des wissentlichen Gebrauches den Begriff des fingirten Einkommens in der obigen Gestalt anwendet. In den Fällen des Irrthums wird dagegen nur die Ersparung einer standesgemässen Ausgabe veranschlagt.

Was die Anwendung des Begriffes „Nutzungen" im Entwurfe bei einzelnen Rechtsmaterien anbetrifft, so können wir auch in dieser Hinsicht nur ein ungünstiges Urtheil aussprechen. Bei der Regelung mancher Materien hat man die Erstattung der Früchte anstatt, wie es sachgemässer wäre, der Nutzungen vorgeschrieben. So z. B. heisst es über den Verwahrer im § 637 des Entw. II:

„Mit der Sache sind die etwa gezogenen Früchte zurückzugeben."

Dies ist, nebenbei bemerkt, eine Verschlechterung gegenüber der ersten Lesung, wonach (§ 619 des E. I) die Herausgabe der „Nutzungen" vorgeschrieben wurde. Beim depositum ist indessen die Prästationspflicht wegen des Selbstgebrauches besonders nothwendig, damit der Depositar nicht zum unbefugten lucrum ex alieno verleitet werde. Ebenso nothwendig ist die Prästation des fingirten Einkommens auf Grund des etwaigen Selbstgebrauches beim mandatum. Auch hier bestimmt indessen der § 598 des Entw. II,

dass die etwa „gezogenen Früchte“ herauszugeben sind. Auch hier konstatiren wir eine Verschlechterung gegenüber dem Entw. I (§ 592), welcher die Herausgabe der Nutzungen bestimmte. Uebrigens ist auch die erste Lesung von derartigen Fehlern nicht frei. Der uns wegen seiner civilpolitischen Mängel schon wohl bekannte § 1878 über den Vermächtnissanspruch liefert uns wiederum ein Beispiel der unpolitischen Abfassung der Gesetze. Darnach kann der Vermächtnissnehmer keine Erstattung der Gebrauchsvortheile, sondern nur die gewonnenen Früchte beanspruchen. Dazu bemerken die Motive (S. 195): „Die Vorschrift spricht nur von Früchten, nicht von Nutzungen . . . Zu den letzteren gehören nach dem § 793 auch die Vortheile, welche der Gebrauch eines Gegenstandes gewährt. Dass nach dem Willen des Erblassers der Beschwerte auch diese Vortheile von der Zeit des Anfalles des Vermächtnisses an zu ersetzen habe, kann nicht angenommen werden.“ Wir glauben, dass der Erblasser meistens über diese Frage sich gar keine bestimmten Ansichten und Vorstellungen bildet. Das Gesetz führt aber zur Verschwendung und Zerstörung werthvoller Güter und demoralisirt den Erben. Wenn z. B. der Erbe ein Miethshaus als Legat nach zwei Jahren seit dem Antritt der Erbschaft zu leisten hat und im Gesetzbuch nachschlägt, um seine Rechtsstellung in Bezug auf das Miethszinseinkommen kennen zu lernen, so giebt ihm das Gesetzbuch einen sehr schädlichen Rath. Er erfährt nämlich, dass er die Miethszinse im Falle der Vermiethung, zu welcher er gar nicht verpflichtet ist, herausgeben muss. Die Vorschrift über die Herausgabe der Miethszinse kann er aber nach Belieben für sich unschädlich machen, wenn er das Haus auf irgend welche andere, obgleich wirthschaftlich in concreto nicht angerathene, Weise ausnutzt. Zunächst hat er dringende Motive, selbst im Hause zu wohnen, obgleich ihm dies sonst zu unbequem wäre, weil er die habitatio gratuita auf diese Weise lucrirt, während die ohne solche Spekulationen angerathene Vermiethung nur dem Legatar zu Gute kommt. Dann kann er nach Laune (vielleicht nur, weil er dem Legatar den Gewinn nicht gönnt) die Räume verschwenden, z. B. ein besonderes Zimmer seinem Hund oder Papagei anweisen, einen Saal für die Gymnastik oder Fechtübungen leer stehen lassen etc. Die anderen Theile des Hauses kann er seinen Freunden umsonst zur Wohnung oder als Geschäftsräume überlassen. Vielleicht geschieht diese Liberalität nur zum Schein, um den durch die Ausnutzung der Schwäche des

Gesetzes erzielten Vortheil mit den Freunden zu theilen. Ein sittlich und wirthschaftlich hässliches Bild! Das ungeschickte Gesetz gewährt aber den Plan und den Schutz für die Ausführung.

Auch entgegengesetzte Fehler kommen im Entwurfe vor: in manchen Fällen, wo man von den Früchten sprechen sollte, redet der Entwurf von den Nutzungen. Wenn z. B. der § 2081 zu den Erbschaftsgegenständen „die Nutzungen aller Erbschaftsgegenstände“ rechnet, so entsteht die Frage, wie z. B. der Vortheil des Gebrauches eines Reitpferdes oder eines Musikinstrumentes zu den erbschaftlichen Gegenständen gehören kann.

Ebenso spricht der Entwurf (II. § 901) von den nicht gezogenen Nutzungen in dem Falle, wo es sich um das versäumte Einkommen handelt. Darnach muss der Richter den Beklagten, welcher die streitige Sache nicht vermiethen konnte und nicht gebrauchen wollte, wegen der Vortheile verurtheilen, welche er durch den Selbstgebrauch erzielen konnte (?).

Die obigen Bemerkungen werden wohl genügen, um zu zeigen, dass ebensowohl der Begriff der Nutzungen wie seine Anwendung etwas mehr gesetzgeberische Aufmerksamkeit und tieferes Durchdenken verdienen, als ihnen im Entwurf zu Theil geworden sind.

§ 7. C. Entzogene Früchte (Verzugs-, Interessefrüchte).

Die herrschende Lehre nimmt an, dass bei gewissen Rechtsverhältnissen (mora debitoris, malae fidei possessio nach dem Prozessbeginn) die fructus percipiendi nicht nach der Person des Fruchtschuldners, sondern nach der des Fruchtgläubigers bemessen, d. h. nicht diejenigen Früchte prästirt werden, welche der Schuldner percipiren würde, wenn er die diligentia boni patris familias aufgewendet hätte, sondern diejenigen, welche der Gläubiger aus der Sache hätte gewinnen können. Diese Ansicht stützt sich auf folgende Stellen:

Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset (l. 62 § 1 D. de R. V. 6, 1).

Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit (l. 39 § 1 D. de leg. 30).

Si de possessione vi deiectus es, (eum) et legis Juliae vis

privatae reum postulare et ad instar interdicti unde vi convenire potes, quo reum causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire non ambigitur (l. 4 C. unde vi 8, 4).

Diese Theorie „des doppelten Massstabes" der Berechnung der fructus percipiendi war schon in vergangenen Jahrhunderten Gegenstand lebhaften Streites; dieser kann aber auch noch jetzt nicht als endgültig entschieden betrachtet werden, da die Theorie des doppelten Massstabes auch in der neuesten Zeit namhafte Gegner, wie insbesondere Savigny, Buchka, Francke, Pernice gefunden hat.

Die Gründe gegen die Theorie des doppelten Massstabes formulirt Savigny auf folgende Weise:[1]

„Hierüber (über die Lehre von den fructus percipiendi) herrschen unter neueren Schriftstellern manche Missverständnisse, welche meist aus einer zu subtilen Behandlung des an sich einfachen Gegenstandes entstanden zu sein scheinen..." „Eine sichere Grundlage für diese Untersuchung bildet der deutlich ausgesprochene Grundsatz, dass die Verpflichtung zum Ersatz solcher Früchte stets auf die culpa des Besitzers, der sie zu gewinnen versäumte, zurückzuführen ist. Jede Streitfrage in dieser Lehre kann also nur aus dem Dasein oder dem Mangel einer solchen Culpa entschieden werden. So hat man sich in neuerer Zeit viele, wie es scheint vergebliche, Mühe gegeben mit der Untersuchung der Frage, ob die unbenutzte Möglichkeit des Fruchtgewinnes nach der Person des Klägers oder nach der des Beklagten abzumessen sei. Manche wollen hierin zwischen der Eigenthumsklage und Erbschaftsklage unterscheiden,[2] Andere zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer,[3] noch andere behaupten ganz allgemein, dass lediglich auf die Person des Klägers gesehen werden müsse.[4] Nicht sowohl die eine oder die andere dieser Beantwortungen der erwähnten Frage, als vielmehr die Stellung der Frage selbst, ist verwerflich. Es liegt dabei die Voraussetzung zu Grunde, als ob die Fruchtgewinnung von besonderen persönlichen Geschicklichkeiten abhinge, welche bald bei dem einen, bald bei dem anderen Theil gefunden oder vermisst werden könnten. Nach dem aufgestellten Princip ist

1) Savigny, System VI S. 113 fg. Vgl. auch Buchka, die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniss S. 250 fg.; Francke, Kommentar S. 283 fg.
2) Buchholtz, Abhandlungen S. 13–15.
3) Glück, B. 8 S. 262. 296.
4) Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 168–170, 184.

dieses ganze Verfahren grundlos. Alles kommt allein auf das Dasein der Culpa in dem Benehmen des Besitzers an. Das Dasein der Culpa aber wird nach allgemeinen bekannten Grundsätzen festgestellt durch die Vergleichung des persönlichen Benehmens jedes im einzelnen Fall zu beurtheilenden Schuldners mit demjenigen Thun und Lassen, welches in gleichem Fall von einem diligens pater familias zu erwarten gewesen wäre. Dem urtheilenden Richter also soll die allgemeine Handlungsweise eines besonnenen Mannes als Massstab dienen, wobei auf die Eigenthümlichkeit des Schuldners gar nichts ankommt. Allerdings wird in einigen Stellen die Verpflichtung zum Ersatz wörtlich davon abhängig gemacht, dass der Kläger die Früchte hätte gewinnen können;[1] allein in noch mehreren Stellen wird die Frage so gestellt, ob der Beklagte dieses thun konnte oder sollte.[2] Beide Arten des Ausdrucks haben aber ganz denselben Sinn, und werden daher mit Recht in willkürlicher, zufälliger Abwechslung gebraucht. Dass in der That diese beiden Arten die Frage aufzufassen gar nicht verschieden sind, folgt daraus, dass beide verglichen mit dem allgemeinen Princip der Culpa keinen anderen Sinn haben als den: was in diesem Fall ein besonnener Hausvater wirklich gethan hätte. Da, wo in unseren Rechtsquellen die für den Kläger vorhandene Möglichkeit der Fruchtgewinnung erwähnt wird, steht sie als Gegensatz gegen das, was der Beklagte wirklich gewonnen hat, welches dann für gleichgültig erklärt wird.[3] In keiner Stelle wird die Möglichkeit für den Beklagten als etwas Verschiedenes gegenüber gestellt, so wie es die neueren Schriftsteller in ihrer Controverse fälschlich voraussetzen."

Eine noch schärfere Verurtheilung ist der Theorie des doppelten Massstabes seitens Pernice (Labeo II S. 333 fg.) zu Theil geworden:

„Und in der That", meint er (S. 334 a. a. O.), „scheint die praktisch recht seltsame Anschauung in den Quellen durchaus nicht sicher begründet zu sein. Paulus, die Interpretation zum Theodosischen Codex und die Institutionen sagen übereinstimmend, es komme auf Diligenz und Culpa an. Man stützt sich aber, um den „doppelten Massstab" zu gewinnen, auf drei Quellenaussprüche.

1) L. 62 § 1 de rei vind. 6, 1; l. 39 § 1 de leg. 1 (30); l. 4 C. unde vi 8, 4.
2) L. 25 § 4 de her. pet. 5, 3; l. 2 C. de fruct. 7, 51; l. 5 C. de rei vind. 3, 32; l. 1 § 1 C. de her. pet. 3, 31; l. 3 C. de act. pign. 4, 24.
3) L. 4 C. unde vi 8, 4.

Alle drei indes stellen in Gegensatz, dass der praedo nicht bloss für die fructus hafte, quos percepit, sondern auch für die, welche der Eigenthümer hätte ziehen können. Es kömmt ihnen also lediglich darauf an, die Haftung des m. f. possessor für versäumte Früchte überhaupt festzustellen, nicht darauf, zu bestimmen, was Nachlässigkeit sei."

Vom praktischen Standpunkt aus betrachtet Pernice (eod. N. 16) die bekämpfte Theorie als „seltsam in zwiefacher Hinsicht. Denn 1) scheint darüber kein Zweifel, dass die Culpa des Beklagten nach der diligentia boni p. f. abgemessen werden soll. Dann aber ist für die Erwähnung seiner Person kein Raum, und es müsste dann durch die Abmessung nach der Geschicklichkeit des Klägers dem m. f. possessor eine Sorgfalt über die Diligenz hinaus, aber doch keine Haftung für Casus auferlegt werden. Die ganze Theorie nämlich hat doch 2) offensichtlich den Zweck, den m. f. possessor schlechter als den gutgläubigen zu stellen. Sie geht deshalb von der übereilten, jedenfalls nicht selbstverständlichen stillschweigenden Voraussetzung aus, dass der Kläger allemal ein besserer Hausvater sei, als der Beklagte. Vgl. Seuffert 29, 214."

Es ist u. E. jedenfalls zuzugeben, dass die drei Quellenaussprüche, auf welche man sich stützt, um den „doppelten Massstab" zu gewinnen, keinen wissenschaftlich sicheren Beweis ergeben. Auch wenn wir zu den angeführten Stellen noch die gewöhnlich nicht berücksichtigte l. 12 pr. D. quod metus 4, 2, welche gleichfalls von der Berücksichtigung des Klägers spricht, hinzufügen, so ist doch die Frage nicht entschieden, weil wir eben auch solche Stellen haben, welche nur die für den Beklagten gewinnbar gewesenen Früchte ersetzen lassen.

Es müsste vielmehr nachgewiesen werden, dass die allgemeinen Ausdrücke der Quellen, welche die Berücksichtigung der seitens des Klägers möglich gewesenen Fruchtgewinnung aussprechen, keine zufällige Erscheinung, noch eine theoretisch ungenaue Formulirung bilden, sondern dass sie wirklich dem positiven Rechte entsprechen. Um diesen Nachweis zu erbringen, müsste man zeigen, dass die Theorie des doppelten Massstabes des Klägers ad consequentias durchgeführt wurde, d. h. positive Entscheidungen finden, welche die praktische Anwendung des fraglichen Massstabes enthalten. Solche positiven Entscheidungen sind aber im Corpus iuris in der That vorhanden:

1. Der Schuldner muss nach dem Verzug auch dann die Einkünfte prästiren, wenn die ihm durch den Kontrakt auferlegte Diligenz ihm gerade verbietet, die Einkünfte von der Sache zu gewinnen. So z. B. beim depositum. Der Depositar darf die aufzubewahrende Sache nicht vermiethen, ausleihen oder sonst zur Einkommensgewinnung gebrauchen.[1] Daher würde er keine Früchte prästiren müssen, wenn man darauf sähe, was er percipere debuit. Vom Verwahrer im Verzug heisst es indessen ganz allgemein:

In iudicio depositi ex mora et fructus veniunt et usurae rei depositae praestantur.[2]

Dieser Satz beweist, dass nach dem Verzug der Gläubiger diejenigen Früchte fordert, welche er gewinnen konnte.

2. Dasselbe beweist die Entscheidung Papinians in der l. 3 § 4 D. de usur. 22, 1. Dort heisst es nämlich, dass der Vermächtnissnehmer nach dem Verzug vom Erben die Zinsen vom Werth der vermachten goldenen Sachen fordern kann, wenn sie ihm nicht zum persönlichen Gebrauch, sondern zum Verkauf vermacht worden sind. Diese Entscheidung und andere ähnlichen Inhalts werden wir näher in der Lehre von den Zinsen zu betrachten haben. Schon jetzt ist aber soviel klar, dass die Zinsen nur als diejenigen Früchte in Betracht kommen, welche der Gläubiger, nicht aber der Schuldner, gewinnen konnte, weil der Schuldner in diesem Falle ebenso wie beim Depositum von jedem Zinsgewinn ausgeschlossen war. Er durfte ja die Sachen nicht in Geld verwandeln, um daraus die Zinsen zu gewinnen, sondern er musste dieselben dem Gläubiger in specie herausgeben. Der Gläubiger hätte sie dagegen bei rechtzeitiger Leistung versilbern und den Nutzen der Summe, d. h. die Zinsen, gewinnen können.

3. Im Falle des Unterganges der Sache beim Schuldner durch einen Zufall, welcher bei rechtzeitiger Leistung die Sache nicht betroffen hätte, muss der Schuldner den Schaden ersetzen, welcher dem Gläubiger durch den Zufall in Folge der Nichtleistung erwachsen ist.

Es fragt sich, ob die Früchte nur bis zum Untergang der Sache oder auch für die Zeit nach diesem zu schätzen sind. Wenn nun die Früchte nach dem Maasse geschätzt würden, was der Schuldner bei gehöriger Diligenz hätte gewinnen sollen, so wären sie selbstverständlich nur bis zum zufälligen Untergang der Sache

1) Wenn das ihm nicht durch den Kontrakt eingeräumt ist. Für uns kommt nur der gewöhnliche Fall in Betracht.

2) Paulus S. II, 12, 7; vgl. l. 32 § 2 D. de usur. 22, 1; l. 2 C. dep. 4, 34.

zu schätzen. Denn seit diesem unverschuldeten Ereigniss konnte der Schuldner nichts mehr gewinnen. Indessen entscheiden die Quellen im entgegengesetzten Sinne:

Idem Julianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse (l. 17 § 1 D. de R. V. 6, 1).[1]

Denn bei dem Kläger wäre die Sache nicht untergegangen, so dass dieser die Früchte weiter gewinnen könnte.

4. Es giebt solche unkörperliche Kapitalien, welche ganz verschiedene Gestalt haben und ganz verschiedene Früchte bringen, je nachdem sie dem Kläger eingeräumt sind oder beim Beklagten verbleiben. Um solche Dinge handelt es sich oft bei den actiones confessoriae und negatoriae. Wenn A. gegen einen Nachbar B. desswegen klagt, weil dieser die Ausübung einer von A. behaupteten Wegegerechtigkeit hindert, so handelt es sich für beide Parteien um ganz verschiedene ökonomische Güter: für den Kläger um die Servitut, iter oder actus, ihre Anerkennung und ungehinderte Ausübung; für den Beklagten um die Freiheit seines Grundstückes von der Belastung und um die ausschliessliche Nutzung seines Grundstückes und seiner Privatwege. Wenn nun die Servitut wirklich besteht und B. mit Unrecht die Ausübung der Gerechtigkeit gehindert hat, so werden wir zu den Früchten der streitigen Kapitalien ganz verschiedene Dinge rechnen müssen, je nachdem wir den (wiederkehrenden) Nutzen schätzen, welchen der Beklagte zieht, oder denjenigen, welchen der Kläger hätte ziehen können, wenn die Ausübung der Servitut ihm ohne den Prozess gestattet worden wäre. Um mit den Worten der Quellen zu sprechen, besteht der dem Kläger während des Prozesses entgangene Gewinn in dem commodum, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petisset ire agere non prohiberetur (l. 19 § 1 D. de usuris 22, 1) oder: quod intersit agentis servitute non prohiberi (l. 4 § 2 D. si serv. vind. 8, 5). Der dem Beklagten in Folge der Vorenthaltung der Servitut erwachsende Vortheil besteht dagegen in dem eventuell höheren Nutzen aus der freien und ausschliesslichen Benutzung seiner Pivatwege, aus dem „non uti fundi sui

1) In der l. 79 eod. wird vorausgesetzt, dass der Zufall die Sache auch bei dem Eigenthümer betroffen hätte, oder dass die Klage gegen einen b. f. possessor angestellt wurde, so dass die Voraussetzung: si moram fecerit nicht zutrifft.

itinere adversarium“. Umgekehrt bei der entsprechenden actio negatoria. Hierbei handelt es sich für den Kläger um die ausschliessliche Benutzung seines Privatweges: non uti fundi sui itinere adversarium; für den Beklagten um die Servitut und ihre Ausübung. Entsprechend gestaltet sich auch die Fruchtfrage. Die Quellen entscheiden nun die Frage zweifellos dahin (übereinstimmende Meinung von Labeo, Pomponius, Gaius, Ulpianus), dass der Kläger in der a. confessoria den Gewinn berechnet, welcher ihm bei rechtzeitiger Befriedigung seines Anspruches zugefallen wäre (commodum, quod habiturus esset petitor, si . . .), d. h. den Nutzen der Ausübung der Servitut; entsprechend lautet die Entscheidung über die a. negatoria, wo der Nutzen der Freiheit von der Belastung geschätzt wird (das Nähere später).

Durch die Berücksichtigung der angeführten positiven Sätze ist der erörterte Streit u. E. mit voller wissenschaftlicher Sicherheit entschieden. Zugleich gewinnen wir die Einsicht in die praktische Bedeutung des Massstabes des Klägers. Es ist nicht richtig, dass die Anwendung des Massstabes des Gläubigers oder Klägers anstatt desjenigen des Schuldners oder Beklagten eine geringe oder gar keine praktische Bedeutung hat (wie dies vielfach auch von den Vertheidigern des doppelten Massstabes angenommen wird). Es handelt sich nicht darum, dass der Gläubiger geschickter als der Schuldner sei oder grössere Sorgfalt als ein diligens pater familias anwenden könne. Diese beiden Argumente würden ihm im Gerichte freilich wenig nützen. Es handelt sich vielmehr um ganz greifbare, wirklich nachweisbare und unter Umständen ganz bedeutende Unterschiede und praktische Konsequenzen. Wenn man den Schuldner und den Gläubiger als isolirte Individuen nimmt, welche ausser Zusammenhang mit ihrem Vermögen und ihrer rechtlichen und socialen Lage stehen, d. h. wenn wir an ihre Stelle eine Abstraktion, einen durchschnittlichen bonus pater familias setzen und wirthschaften lassen, dann freilich macht es keinen Unterschied, ob wir darauf sehen, was der Schuldner, oder darauf, was der Gläubiger gewinnen könnte. Dann wäre die Ansicht richtig, dass beide dasselbe erzielen würden, wie der dritte abstrakte Mensch, der bonus pater familias. Indessen ist der Begriff bonus pater familias nur dazu bestimmt, um im konkreten Falle festzustellen, ob Jemand nachlässig oder sorgfältig gehandelt hat, um zu sagen: diese Handlung war nachlässig; ein ordentlicher Wirth würde in diesem Falle anders gehandelt haben. Dies be-

deutet aber nicht, dass der Fruchtschuldner seine Individualität, seine Vermögens-, Rechts- und Socialstellung einbüssen und dasjenige gewinnen soll, was ein Durchschnittsmensch gewinnen könnte. Ebensowenig wird der Fruchtgläubiger in eine Fiktion verwandelt. Beide bilden mit ihrer Rechts- und Vermögensstellung ganz verschiedene Produktionsorganismen, welche ganz verschiedene Produktionsergebnisse herbeiführen können. Der Depositar einer Nähmaschine ist eben ein Depositar, welcher die Maschine weder vermiethen noch selbst gebrauchen darf. Anders der Deponent, welcher die Maschine bei rechtzeitiger Leistung frei ausnutzen könnte. Anders als die Stellung des Klägers ist die des Beklagten in der actio confessoria oder negatoria oder desjenigen, welcher goldene Sachen schuldet. Dass die praktischen Unterschiede, welche der Anwendung des zweiten Massstabes entspringen, viel wichtiger sind, als man annimmt, ergiebt sich noch aus demjenigen, was wir über den Begriff „fructus qui percipi potuerunt“ gesagt haben. Da dieser Begriff nicht das rohe, sondern das reine Einkommen bedeutet, so muss man darauf sehen, ob der Kläger bei der rechtzeitigen Restitution denselben Bruttogewinn nicht mit viel geringeren Kosten erzielt hätte. Der Beklagte hat viele Arbeiter und Pferde gemiethet, um das Getreide mit einer Pferdemaschine zu dreschen; wegen der verhältnissmässig geringen Masse des Getreides war die Miethe einer Dampfmaschine nicht angerathen. Der Kläger hat aber eine eigene Dampfmaschine, deren Benutzung ihm nur sehr geringe Kosten verursachen würde. Ferner ist zu beachten, dass zur fructuum perceptio auch die endgültige Verwerthung der Produkte gehört. Der Beklagte konnte die Produkte nur nach Detailpreisen verkaufen, er musste grosse Transportkosten tragen, an die Zwischenhändler verkaufen etc. Der Kläger hat dagegen einen eigenen Transportdienst nach der Stadt (Wagen, Leute), er konnte die Zwischenhändler umgehen etc.

Zur Berichtigung und Vervollständigung der herrschenden Lehre ist im Uebrigen noch Folgendes zu bemerken:

Zu den fructus, quos petitor percipere potuisset, ist auch das fingirte Einkommen zu rechnen. Der Landwirth braucht also, wenn er z. B. sein deponirtes Pferd zurückfordert, nicht dem Richter vorzureden, dass er das Pferd bei rechtzeitiger Leistung vermiethet und pro Monat so und so viel bekommen hätte. Im Gegentheil darf er den ortsüblichen Miethszins mit der der Wahrheit entsprechenden Begründung fordern, dass er das Pferd bei der Feldarbeit selbst benutzen konnte.

Im Allgemeinen ist dasjenige, was wir über den Sinn der Formel: fructus, pensiones, qui (resp. quae) percipi potuerunt, oben ausgeführt haben, entsprechend auch hier anzuwenden. Die Beschränkung auf die honesta perceptio gilt auch hier. Der Gläubiger kann nicht wider die Grundsätze der honesta fructuum perceptio geltend machen, dass er mehr Einkommen erzielen würde, weil er auch die Nacht-, Akkord-, Kinderarbeit ausbeute etc. Auf den gleichen Inhalt der Formel: fructus, pensiones, qui (resp. quae) percipi potuerunt, in den beiden Fällen, d. h. ebenso bei den seitens des Schuldners wie bei den seitens des Gläubigers gewinnbar gewesenen Einkünften, deutet eben der in beiden Fällen gleiche Wortlaut der Formel.

Das Einkommen, welches vom Standpunkt des Gläubigers geschätzt wird, nennen wir „entzogenes Einkommen“, weil dabei berechnet wird, was der Gläubiger hätte gewinnen können, wenn die Möglichkeit, Einkommen zu gewinnen, durch die Vorenthaltung resp. verspätete Leistung des Kapitals ihm nicht entzogen worden wäre.

Es fragt sich, ob der Schuldner nach dem Verzug (oder der m. f. possessor nach dem Prozessbeginn) auch das von ihm gewonnene und versäumte Einkommen zu prästiren hat, mit anderen Worten, ob das Recht des Gläubigers, das ihm entzogene Einkommen zu fordern, die Befugniss, die Schätzung des vom Schuldner gewonnenen und versäumten Einkommens zu verlangen, ausschliesst oder nicht. Diese Frage gewinnt eine grosse praktische Bedeutung in dem Falle, wenn die Produktionsverhältnisse des Schuldners günstiger sind als die des Gläubigers oder wenn es für den Gläubiger schwierig ist, nachzuweisen, was er hätte gewinnen können. In diesen Fällen wäre die Schätzung der vom Schuldner gewonnenen und versäumten Einkünfte für den Gläubiger vortheilhafter, als die Schätzung des ihm entzogenen Einkommens. Die Frage ist in dem Sinne zu entscheiden, dass nach dem Verzug resp. Prozessbeginn auch die gewonnenen und versäumten Einkünfte zu prästiren sind. Gewöhnlich wird also der Gläubiger die Schätzung des vom Schuldner gewonnenen resp. versäumten Einkommens fordern und nur in besonderen Fällen wird er den Nachweis führen, dass er bei der rechtzeitigen Restitution der Sache noch mehr gewonnen haben würde.

Eine entgegengesetzte Regel würde gegen den Satz verstossen, wonach der Verzug dem Schuldner keinen Vortheil bringen soll (l. 37 D. mand. 17, 1: etenim neutri eorum frustratio [mora] sua prodesse debet). Von diesem Standpunkte aus ist es nicht besonders auffallend, wenn einige Stellen vom säumigen Schuldner oder dem m. f. possessor nach dem Prozessbeginn aussprechen, dass diese Personen die von ihnen versäumten Früchte ersetzen müssen. Es liegt nur ein unbegründeter Gebrauch des argumentum a contrario vor, wenn man daraus geschlossen hat, dass der Berechtigte einen höheren Verlust, falls dieser nachweisbar ist, nicht geltend machen kann. Desgleichen haben einige Schriftsteller aus dem Umstande, dass in den ll. 62 § 1 D. de R. V.; 39 § 1 D. de leg. I; 4 C. unde vi nur von den vom Standpunkt des Gläubigers gewinnbaren Früchten die Rede ist, den Schluss gezogen, dass der Schuldner für die von ihm versäumten Früchte keinen Ersatz leistet. Buchholtz erörtert z. B., dass die Haftung für die vom Standpunkt des Klägers gewinnbaren Früchte diesem unter Umständen vortheilhaft, unter Umständen nachtheilig sei.[1] Auch hier liegt ein Fall des unvorsichtigen arg. a contrario vor.

Uebrigens schliesst die Regel, wonach die Verzugsfrüchte eine Kombination von gewonnenen, versäumten und entzogenen, auch fingirten Einkünften bilden, selbstverständlich nicht aus, dass in den besonderen Fällen, wo der Schuldner das Einkommen selbst zu gewinnen nicht in der Lage ist, nur die entzogenen Früchte geschätzt werden (z. B. im Falle des depositum, der l. 3 § 4 D. de usur. 22, 1).

Welche civilpolitische Bedeutung haben die oben dargestellten eigenthümlichen Regeln der Einkommenschätzung (die immer mit

1) Buchholtz, Jur. Abhandlungen S. 13 fg. Auch in den Pandektenlehrbüchern finden wir oft eine ungenaue Formulirung des Verhältnisses zwischen den beiden Massstäben der Schätzung. So heisst es z. B. bei Sintenis I § 52: „So viel insbesondere die Früchte aller Arten der Sache betrifft, so muss der malae fidei possessor von da an, wo er in malam fidem gerieth, alle, die er gezogen hat, und die, welche vom Kläger hätten gezogen werden können (perceptos und percipiendos), wenn er im Besitz gewesen wäre, erstatten;“ Windscheid I § 124 Text zur N. 6: „Für die nicht gezogenen Früchte haftet der unredliche Beklagte, wenn der Kläger, der redliche, wenn er selbst bei Anwendung gehöriger Sorgfalt sie hätte ziehen können; ebenso Derselbe II § 280 sub 1; richtig Dernburg I § 154 Text zur N. 17, § 226 Text zur N. 15. Den Irrthum, dass der Delinquent für die Früchte, welche er selbst gewinnen konnte, nicht haften kann, finden wir auch in der im Allg. sehr scharfsinnigen Abhandlung von Landsberg, das Furtum des bösgl. Besitzes S. 88.

der Haftung für das periculum rei, insofern der Berechtigte den Schaden im Falle der rechtzeitigen Leistung vermeiden könnte, verbunden werden — Verzugsregeln)? Diese Bedeutung wird uns sogleich klar werden, wenn wir berücksichtigen, welche Motive diese Regeln bei dem Schuldner, bei dem m. f. possessor . . . schaffen. Diese gewinnen ein dringendes Interesse, den Zustand, für welchen die obigen Regeln bestimmt sind, nicht eintreten oder so schnell wie möglich aufhören zu lassen (das Delikt nicht zu begehen, den Gläubiger rechtzeitig oder jedenfalls so schnell wie möglich nach dem Verzug zu befriedigen, die Klage seitens des Eigenthümers nicht eintreten zu lassen oder jedenfalls nicht zu verschleppen etc.). Die Verzugsregeln bilden also eine vom Standpunkt der Nationalökonomie nützliche Institution, insofern sie die Tendenz haben, pathologischen Erscheinungen im Socialleben vorzubeugen. Insbesondere begünstigen sie den planmässigen und ungestörten Gang der nationalen Produktion, indem sie für die Mitglieder des Volkes einen psychischen Zwang zur pünklichen Erfüllung ihrer kontraktlichen Versprechen schaffen. Je mehr der Verzug die Wirthschaft der Gegenpartei zu schädigen droht, desto dringendere Motive hat der Schuldner, den Schaden nicht eintreten zu lassen und das Versprechen ordnungsmässig zu erfüllen. Wenn das Recht Jemanden nur das von ihm versäumte Einkommen prästiren lässt, so enthält dasselbe folgenden Rath: „Du kannst das Kapital bei dir behalten, wenn es dir sonstige Umstände als rathsam erscheinen lassen, nur musst du im eigenen Interesse die Wirthschaft ordentlich führen.“ Hier dagegen sagt das Recht: „Es ist für dich besser, wenn du dem Berechtigten die Sache nicht entziehst resp. nicht vorenthältst, sondern ihn so schnell wie möglich befriedigst. Wenn du aus irgend welchen Gründen die Sache doch behältst, so rathe ich dir jedenfalls, die Produktion ordentlich zu betreiben, weil der Berechtigte auch das durch deine Nachlässigkeit versäumte Einkommen fordern kann.“ Daraus ersieht man, wie unpolitisch das römische Recht wäre, wenn es im Falle des Deliktes, des Verzuges, des Prozesses gegen einen m. f. possessor den Verpflichteten nur die Früchte prästiren liesse, welche der Berechtigte gewinnen könnte. Dann würde dasselbe unter Umständen den Verpflichteten zu einer unsittlichen und die Volkswirthschaft schädigenden Handlungsweise verleiten. Denn wenn der beklagte Besitzer oder der Schuldner im Verzug erwägt, dass er auch bei weniger sorgfältiger Wirthschaft so viel Gewinn erzielen kann, wie der Berech-

tigte im Falle der rechtzeitigen Restitution, oder wenn er erwartet, dass der Berechtigte jedenfalls den Beweis in Bezug auf eine grössere Summe nicht erbringen wird, so könnte er eben bei jener Regelung des Verhältnisses ohne Schaden für sich nachlässig wirthschaften.

Die weiteren civilpolitischen Fragen, z. B. warum das Recht für den m. f. possessor vor dem Prozessbeginn nur den psychologischen Zwang für die ordentliche Bewirthschaftung der besessenen Sache, nicht aber auch einen solchen für die Rückgabe derselben schafft, werden wir unten genauer zu erörtern haben. Hier ist nur noch zu bemerken, dass die Verzugsregeln ein schneidiges und zwar auch ein zweischneidiges Werkzeug der Civilpolitik bilden. Ein Gesetzgeber, welcher dasselbe nicht vorsichtig genug gebraucht, kann grossen Schaden anrichten. Es ist nämlich zu erwägen, dass der Mensch, welcher die Anwendung dieser Regeln gegen sich befürchtet, unter einem psychologischen Druck steht, welcher ihm eine ruhige und unbefangene Prüfung seiner Lage unter Umständen unmöglich macht und ihn zu leichtsinnigen Schritten verleitet. Darüber hat schon Paulus (l. 40 D. de H. P. 5, 3) auf eine scharfsinnige Weise seine Zeitgenossen belehrt. Nach der oratio divi Hadriani, meint er, musste eigentlich auch der b. f. possessor hereditatis nach dem Prozessbeginn dem Kläger dasjenige prästiren, quod (petitor) habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas (also Gefahr des Kapitals, höheres Einkommen . . .). Diese Regel betrachtet er aber als nicht sachgemäss: „nec enim debet possessor . . . propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.“ Eine höchst beherzigenswerthe Warnung! Uebrigens werden wir später sehen, dass auch das sonst sehr vorsichtige römische Recht einen Verstoss gegen diesen civilpolitischen Gedanken enthält, dass aber der Entwurf das römische Recht in einer noch wesentlich verschlechterten Gestalt recipirt hat. Wie konnte auch der Verfasser des zukünftigen Gesetzbuches die Regeln über die entzogenen Früchte sachgemäss anwenden, während er nicht ahnte, wozu diese Regeln dienen sollen, welche Wirkung sie ausüben werden? Dass dieser Vorwurf keine unberechtigte Behauptung ist, können wir sehr leicht nachweisen:

Aus den einschlägigen §§ des Entwurfes I und II ergiebt sich, dass der Verzug, das Delikt . . . den Schuldner nur zum Ersatz derjenigen Einkünfte verpflichtet, welche dem Berechtigten in Folge der Rechtsverletzung entgangen sind (vgl. z. B. §§ 242, 214; § 746 etc. des Entw. II und entsprechende Bestimmungen des Entw. I). Auf den ersten Blick könnte man denken, dass es sich nur um ein Versehen bei der Redaktion handelt, dass nach dem wirklichen Willen des Gesetzgebers das Delikt vor Allem zur Herausgabe des vom Delinquenten erzielten Gewinnes verpflichtet, auch wenn die Summe des dem Verletzten entgangenen Gewinnes geringer wäre. Desgleichen möchte man den Willen des Gesetzgebers dahin vervollständigen, dass der Verzug in der Erfüllung einer Kontraktschuld vor Allem zur Erstattung des während des Verzuges vom Schuldner erzielten Gewinnes verpflichtet, auch wenn der Schuldner kontraktlich nur die Leistung des Kapitals versprochen hat und ohne den Verzug keine Früchte zu prästiren hätte. Eine ähnliche ungenaue Formulirung ist auch in der Pandektenliteratur sehr häufig. Bei der Darstellung der Folgen eines Deliktes bemerkt man gewöhnlich, dass der Delinquent zum Ersatz des dem Verletzten zugefügten Schadens verpflichtet ist, ohne hervorzuheben, dass der vom Verpflichteten gezogene Gewinn, unabhängig von der Summe des Schadens, gleichfalls herauszugeben ist. Indessen ergiebt sich beim näheren Studium des Entwurfes und wird zweifellos durch die Motive bestätigt, dass in jenen §§ die Absicht des Gesetzgebers sehr genau präcisirt ist, dass es sich keineswegs um eine schlechte Redaktion handelt. Als besonders charakteristisches Zeugniss dafür lassen wir folgende Ausführung der Motive (Band III S. 403) folgen:

„Weil der Besitzer für die Nutzbarmachung zu sorgen hat, wird ihm die Herausgabe der wirklich gezogenen Nutzungen schlechthin auferlegt, also auch der mit den besonderen Ziehungsmitteln des Besitzers gezogenen Nutzungen, welche der Eigenthümer nicht gezogen haben würde, deren Ziehung deshalb nicht als eine auf Kosten des Eigenthümers gemachte ungerechtfertigte Bereicherung gelten und für welche auch nicht ein Ersatz aus dem Gesichtspunkte der Schadensliquidation bei Unterstellung eines Deliktes gefordert werden könnte. In dieser Beziehung geht mithin die Haftung des unredlichen Besitzers über die Haftung des deliktmässigen Besitzers (§ 935) hinaus.“

Die der Konstruktionskunst unkundigen Laien würden sich darüber wundern, wie es kommen kann, dass ein Verbrecher in der obigen Hinsicht nicht so streng haftet, wie der gewöhnliche m. f. possessor, der gutgläubige Besitzer nach dem Prozessbeginn, die Kontraktsschuldner vor dem Verzug etc. Sie sind eben nicht

im Stande, die feine und konsequente Logik des Gesetzgebers zu ergründen! Die auf den ersten Blick höchst überraschende Konsequenz der Theorie des Gesetzgebers über den Schadensersatz und die Verantwortlichkeit für Delikte scheint ihm eine besondere Konstruktionsfreude zu gewähren, denn sie wird an verschiedenen Stellen eingehend geschildert und mit Vorliebe betont. So lesen wir z. B. auf den Seiten 405, 406 der Motive zu den §§ 930—932 Folgendes:

„Letztere Art der Haftung (sc. für fructus percepti und percipiendi) kann unter Umständen die umfassendere sein (als die Haftung für Interessefrüchte), nämlich dann, wenn der Besitzer Nutzungen, insbesondere Gebrauchsvortheile gezogen hat, welche der Eigenthümer nicht gezogen haben würde, deren Erstattung mithin nicht unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes oder einer ungerechtfertigten Bereicherung aus dem Vermögen des Eigenthümers gefordert werden kann. Das Princip des § 900 führt dazu, dass der qualificirte deliktmässige Besitzer dieser umfassenderen Haftung unterliegen muss, weil die Gebrauchsvortheile ihm nicht gelassen werden können, während die Vortheile aus den Früchten ihm versagt werden. Die Vorschrift hat übrigens einen praktischen Zweck; ein allgemeines Princip, nach welchem der qualificirte deliktmässige Besitz als unredlicher Besitz zu gelten hätte und diese Fiktion auf alle Nachfolger im Besitze, welche von jener Qualifikation Kenntniss gehabt, zu erstrecken wäre, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Ein solches Princip würde viel zu weit tragen."

Aus diesen und ähnlichen Ausführungen ersehen wir klar, wie verkehrt vom civilpolitischen Standpunkt aus die vom Verfasser als etwas Selbstverständliches angenommenen und vorgetragenen Grundsätze über die Bereicherung und den Schadensersatz sind, über zwei für die sachgemässe Entwickelung des Civilrechtes höchst wichtige Begriffe. Den Begriff der Bereicherung lassen wir jetzt bei Seite; dagegen ist hier die Behauptung aufzustellen, dass die Grundsätze der beiden Entwürfe über die Haftung des Delinquenten, im Allgemeinen des zum Schadensersatz Verpflichteten, den elementarsten Postulaten der Civilpolitik widersprechen. Nach dem Entwurf kann man unter Umständen aus dem Delikte und der Verweigerung der rechtzeitigen Restitution des fremden oder geschuldeten Gegenstandes Kapital schlagen. Anstatt den socialen Krankheiten der bezeichneten Art nach Möglichkeit vorzubeugen, sorgt man vielmehr für die Schaffung des Krankheitsbacillus. Wir

haben gesagt, dass der Gesetzgeber keine Ahnung von der Bedeutung der Regeln über die Interessefrüchte hatte. Wenn wir von ihm das Gegentheil behauptet hätten, nämlich dass er zweckbewusst gehandelt habe, so wäre dies ein noch weit schwererer und in der That unbegründeter Vorwurf.

§ 8. D. Geopferte Früchte (Verwendungsfrüchte).

Wenn Jemand auf eine fremde Sache oder fremdes Vermögen oder sonst im fremden Interesse Verwendungen aus eigenen Mitteln macht, muss ihm bei der Auseinandersetzung das geopferte Kapital restituirt werden, insofern die Verwendung nach den Regeln des vorliegenden Rechtsverhältnisses als gerechtfertigt erscheint. Die Restitution der Verwendungen ist eine besonders verbreitete Erscheinung im Civilrecht. Sie kann alle anderen Ansprüche auf die Restitution oder Leistung eines Kapitals begleiten. Mag Jemand den Anspruch auf die Restitution seiner Sache oder seines Vermögens durch eine dingliche Singular- oder Universalklage oder durch eine obligatorische Klage geltend machen, so kann ihm immer der Gegenanspruch auf die Rückerstattung der Verwendungen begegnen. Dieser Gegenanspruch wird in verschiedener Weise geltend gemacht. Bei den sog. obligationes bilaterales inaequales bestehen dafür die actiones contrariae (z. B. a. mandati, depositi contraria). Bei anderen beiderseitigen Obligationen können sie durch entsprechende actio directa geltend gemacht werden (z. B. actio pro socio, a. venditi). Auch durch beiderseitige Klagen aus dinglichen Verhältnissen kann man den Ersatz der Verwendungen fordern (communi dividundo, fam. herciscundae). In vielen Fällen bestehen für die Rückforderung der Verwendungen keine besonderen Klagen. Der Anspruch wird durch die exceptio geltend gemacht.

Mag nun die formelle Durchführung des Anspruches auf die Restitution des geopferten Kapitals so oder anders gestaltet sein, immer entsteht dabei die materielle Frage nach der Restitution der Einkünfte des verwendeten Kapitals.

Der häufigste Fall der Verwendung in fremden Interessen ist die Ausgabe einer Geldsumme. Daher bezieht sich die Hauptmasse der einschlägigen Quellenentscheidungen auf den Ersatz der usurae impensarum. Indessen kommen im Wirthschaftsleben auch solche Fälle vor, in welchen die Verwendung im fremden Interesse nicht durch die Ausgabe einer Geldsumme gemacht wird. Z. B.:

1. Der tutor oder der mandatarius macht sein eigenes Haus zum Lokal für das Handelsgeschäft des dominus negotii.

2. Der verwaltende socius bringt seine eigene landwirthschaftliche Maschine auf das gemeinsame Landgut, um das nöthige Inventar für die Feldarbeit zu vervollständigen.

3. Der Mandatar verpfändet sein Landgut oder sein Miethshaus im Interesse des Mandanten so, dass der Gläubiger die Nutzung des Pfandes bekommt.

Die Auseinandersetzung in Bezug auf die in fremden Interessen gebrauchten Kapitalien ist in solchen Fällen gewöhnlich sehr einfach. Im Falle 3 muss z. B. der Mandant das verpfändete Haus befreien und dem Mandatar zurückgeben. Nicht so einfach löst sich die Frage in Bezug auf die Einkünfte. Prima facie wäre man geneigt, den Geschäftsherrn diejenigen Früchte ersetzen zu lassen, welche ihm das Kapital des Geschäftsführers gebracht hat (fructus percepti). Wenn z. B. im Falle 3 der Gläubiger 10 000 Einkommen vom verpfändeten Landgut gewonnen hat, so sind diese Früchte den Geschäftsherrn durch die Tilgung der Zinsansprüche des Gläubigers zu Gute gekommen und diese Summe muss, so möchte man vielleicht entscheiden, dem Mandatar zurückerstattet werden. In den Fällen 1 und 2 müsste man konsequenterweise das fingirte Einkommen (den ortsüblichen Miethszins des Hauses, der Maschine) ersetzen, welches an Stelle der fructus percepti tritt, wenn das Kapital keine abgesonderten Einkünfte liefert, sondern nur den Nutzen des Gebrauches bringt.

Indessen entscheidet das römische Recht anders. Der Nutzen, welchen das Kapital des Verwendenden dem Geschäftsherrn gebracht hat, wird gar nicht restituirt. Anstatt dessen bekommt der Verwendende vielmehr dasjenige Einkommen ersetzt, welches er gewinnen würde, wenn er das Kapital in fremden Interessen nicht verwendet hätte. Es wird also ausschliesslich das vom Standpunkt des Verwendenden gewinnbar gewesene Einkommen geschätzt.

In der Lehre von den Zinsen, wo, wie gesagt, sedes materiae ist, werden wir so zahlreichen und klaren Beweisen für unseren Satz begegnen, dass jeder Zweifel ausgeschlossen sein wird.

In Bezug auf andere Früchte, als Zinsen, haben wir nur eine einzige Entscheidung in den Quellen gefunden:

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat

vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia (l. 1 § 3 D. de per. et comm. 18, 6).

Thatbestand: Der Käufer des Weines ist in Annahme-Verzug gerathen. Der Verkäufer thut dem Käufer den Gefallen, seine Gefässe weiter im Interesse des letzteren zur Aufbewahrung des Weines zu gebrauchen, obgleich er dieselben nach Ausgiessen des Weines für seine Zwecke nutzbar machen konnte.

Entscheidung: Der Verkäufer bekommt den Ersatz des Einkommens insofern ersetzt, als er ein solches von den Gefässen gewinnen konnte. Er bekommt also den Miethzins, welchen er im Falle der Vermiethung der Gefässe bekommen konnte oder den Miethzins für andere von ihm gemiethete Gefässe, welchen er erspart hätte, wenn er seine eigenen nicht den fremden Interessen gewidmet hätte. Eine treffende Charakteristik dieses Massstabes der Berechnung finden wir in der l. 3 § 1 D. de contraria tut. act. 27, 4: de his (agitur in contraria tutelae actione), quae ei (tutori) propter tutelam absunt. Es handelt sich um dasjenige Einkommen, welches dem Verwendenden in Folge seiner Verwendung abest, nicht aber um dasjenige Einkommen, welches dem Geschäftsherrn in Folge der Verwendung adest, erwachsen ist.

Durch diese Schätzung vom Standpunkt des Gläubigers gewinnen die geopferten Früchte eine Aehnlichkeit mit den Interessefrüchten. In der angeführten l. 1 § 3 D. de per. et com. ist auch der Ausdruck „si interfuit eius“ gebraucht. Indessen darf man beide Arten des Einkommens nicht vermengen. Dass sie sich nach dem rechtlichen Grunde des Ersatzes unterscheiden, ist klar. Wenn man den Ersatz des Interesses fordert, macht man den Schaden geltend, welcher durch die rechtsverletzende Handlung oder Unterlassung der Gegenpartei herbeigeführt ist. Wenn dagegen der Geschäftsführer oder sonst ein Verwender den Ersatz seiner Aufopferungen fordert, macht er den Verlust geltend, welchen er durch seine eigene Entscheidung sich zugefügt hat. Aus diesem Gegensatz im Grunde des Ersatzes ergeben sich zunächst verschiedene Beschränkungen des Ersatzes der Aufopferungen. Der Verwendende soll nämlich darauf achten, dass er durch seine Verwendung nicht gegen die Interessen oder den Willen der

Gegenpartei handele. Wenn z. B. ein Mandatar sein Haus in Interessen des Geschäftsherrn gebrauchen will, soll er bedenken, ob er dadurch nicht eine zu grosse Last dem Geschäftsherrn aufbürdet; vielleicht kann man zu demselben Zweck ein viel billigeres Lokal miethen. Indem also bei dem wirklichen Interessenersatz ausschliesslich auf die geschädigten Interessen des Gläubigers Rücksicht genommen wird, wobei der Ersatzpflichtige grossen Schaden erleiden kann, werden bei dem Ersatz der Aufopferungen die Interessen der beiden Parteien berücksichtigt, so dass, wo möglich, weder die eine noch die andere Partei Schaden erleiden soll. Die Verwendung wird mit anderen Worten nur dann und insofern ersetzt, als sie gerechtfertigt erscheint. Das Nähere über die Kriterien, welche entscheiden, ob die Verwendung als eine gerechtfertigte zu behandeln ist, gehört nicht in diesen Zusammenhang. Wenn wir den normalen Fall voraussetzen, dass die Verwendung im vollen Umfange ersetzt werden muss (quod ei abest), so bemerken wir ferner folgenden wesentlichen Gegensatz zwischen den geopferten und den Interessefrüchten:

Der säumige Schuldner, der m. f. possessor nach dem Prozessbeginn etc. müssen, wie oben (§ 7) ausgeführt, diejenigen Früchte ersetzen, welche sie gewonnen haben oder gewinnen konnten. Ausserdem, wenn der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung noch mehr gewinnen könnte, müssen sie auch dieses Mehr ersetzen. Jedenfalls bringt ihnen das fremde Kapital nach dem Verzug keinen wirklichen Gewinn, da derselbe ihnen immer entzogen wird. Anders beim Ersatz der Verwendungen. Das verwendete Kapital kann dem Ersatzpflichtigen einen grossen Gewinn bringen, welcher den Verlust des Verwendenden vielfach übersteigt. Dieser Gewinn verbleibt nun dem Ersatzpflichtigen.

Um die civilpolitische Bedeutung der dargestellten Schätzung der geopferten Früchte festzustellen, sind zwei Fragen zu beantworten.

1. Warum bekommt derjenige, welcher in fremden Interessen sein Kapital (auf eine gerechtfertigte Weise) verwendet, den vollen Ersatz des ihm entgangenen Einkommens?

2. Warum wird ihm derjenige Nutzen nicht zurückerstattet, welchen sein Kapital thatsächlich in der Wirthschaft der Gegenpartei gebracht hat?

Ad 1. Die gesetzliche Garantie des vollen Ersatzes des (durch die Verwendung des Kapitals) geopferten Einkommens hat offenbar den Sinn, dass der Verwalter einer fremden Wirthschaft im Falle des Bedürfnisses eigene Mittel darauf soll verwenden können, ohne für sich davon einen Verlust zu befürchten; dies ermöglicht ihm, die ihm anvertrauten Interessen besser zu wahren.

Die Förderung der socialen Erscheinung, dass die Menschen ihre Mittel zu dem Zweck verwenden, um die ihnen anvertrauten Interessen der Gegenpartei zu wahren, hat einen grossen nationalökonomischen Werth im Gebiete ihrer Wirkung. Vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus betrachtet, wirkt die Masse der im Volke vorkommenden Hilfsleistungen von der uns interessirenden Art dahin, dass der Volksreichthum vermehrt, der Zerstörung des Wohlstandes und der Desorganisation von Produktionsorganismen vorgebeugt wird. Wir haben schon an anderem Orte (Lehre vom Einkommen, B. I Anhang) ausgeführt, wie wohlthätig die impensae necessariae wirken, welche z. B. der Besitzer oder Inhaber eines fremden Landgutes oder sonst einer fremden Wirthschaft (z. B. einer Fabrik) macht. Es wäre irrthümlich, anzunehmen, dass die Beseitigung eines Mangels in der verwalteten Wirthschaft durch eigene Mittel des Verwalters nur eine einfache Verschiebung eines Kapitalwerthes aus der Wirthschaft des Verwalters in die der Gegenpartei wäre, so dass die Erscheinung vom volkswirthschaftlichen Standpunkt gleichgültig bliebe. Im Gegentheil bewirkt eine impensa necessaria nicht nur eine Verschiebung der Güter, sondern zugleich auch eine Erhöhung der Produktivität derselben. Denn die Güter sind dahin verschoben, wo sie besonders nützlich sind. Wenn Jemand eine müssig liegende oder etwa 4 % bringende Summe auf die Anschaffung einer Maschine für die zu verwaltende fremde Fabrik verwendet, so wird diese Summe in der Gestalt der Maschine vielleicht 20 % oder 100 % bringen (vgl. oben Band I S. 303 fg.). Eine impensa necessaria im Betrag von 1000 kann den Gewinn von der Wirthschaft in kurzer Zeit um 2000 erhöhen oder einem Verlust von 2000 vorbeugen. Wenn nachher bei der Auseinandersetzung der Eigenthümer nicht nur die geopferte Summe, sondern auch die dem Verwendenden entgangenen Einkünfte ersetzt, so bleibt ebenso für den Eigenthümer wie vom Standpunkt des Volksreichthums durchschnittlich ein grosser Gewinn bestehen. Nicht so wohlthätig, vielmehr im durchschnittlichen Falle sehr schädlich wirkt ein solches Hin- und Herschieben der

Güter, wenn es sich um die sog. imp. utiles oder voluptariae handelt (S. 302 fg. eod.). Diese werden aber regelmässig als nicht gerechtfertigte Verwendungen behandelt. Als solche interessiren sie uns hier nicht.

Besonders grosse Bedeutung gewinnen die gerechtfertigten Verwendungen im fremden Interesse bei denjenigen Verhältnissen, welche die Leitung fremder Vermögensangelegenheiten betreffen, wie verschiedene Arten der Vormundschaft (cura, tutela), vertragsmässige Vermögensverwaltung gegen Entgelt (Dienstvertrag) oder ohne solche (Mandat), Gesellschaft. Hier handelt es sich nicht nur um die sog. imp. in rem necessariae im technischen Sinne, sondern auch um viele andere Arten der Kosten. Wenn ein Vormund seine eigenen Mittel zu dem Zweck verwendet, um die verwickelten und misslichen Vermögensverhältnisse seines Mündels zu ordnen, die dringenden Schulden zu bezahlen, die Wirthschaft in den rechten Stand zu setzen u. s. w., so erwirbt er sich Verdienste nicht nur um den Mündel selbst und die Arbeiter und andere Leute, welche in dessen Wirthschaft Brod verdienen, sondern auch um die Allgemeinheit. Die Gläubiger, welche ihre Kapitalien für verloren gehalten haben, bekommen nun vielleicht volle Befriedigung. Die Wirthschaft wird aus einer desorganisirten und kranken zu einem produktiven Unternehmen. Wenn wir nur an diejenigen Fälle denken, in welchen Jemand aus eigener Tasche Geld auslegt, um eine fremde Existenz und fremdes Vermögen durch Beseitigung oder Fernhaltung von Wucherern zu retten, so können wir nicht leugnen, dass wir es mit einem sehr wohlthätigen Faktor des Sociallebens zu thun haben.

Ad 2. Andererseits müssen die Ansprüche aus den Verwendungen in fremden Interessen nach Möglichkeit so eingerichtet werden, dass der Verwalter des fremden Vermögens für sich aus dem Rechtsverhältnisse kein Kapital schlagen kann. Wenn dem Verwendenden die Mehreinnahme erstattet würde, welche der Gegenpartei durch die Verwendung erwachsen ist, so wären für egoistische Verwalter bei den Verwendungen oft nicht die Interessen der Gegenpartei, sondern ihre eigenen massgebend. Dies würde das Verwaltungsverhältniss demoralisiren und die impensae müssten oft zum Schaden der Gegenpartei ausfallen. Unter dem Vorwand, dass die Verwendung angerathen erschien, würden oft ganz unnöthige oder schädliche Verwendungen gemacht. Dass die Interessen der Mündel, der Auftraggeber etc. darunter leiden

würden, ist klar. Sie würden in schädliche ökonomische Abhängigheit von ihren Verwaltern gerathen, welche sich durch Verwendungen zu Gewinntheilnehmern aufdrängen könnten. Kurz, der Ersatz der fr. percepti würde den ökonomischen Zweck der entsprechenden Institute gefährden und den Verwalter demoralisiren. Zwar könnte die eigennützige Spekulation unter dem Vorwand der Wahrung der anvertrauten Interessen unter Umständen vereitelt werden, wenn der Richter die Lüge durchschaute und die Verwendung als nicht gerechtfertigt beurtheilte. Viel besser ist aber dasjenige Recht, welches durch die Beseitigung der Versuchung zu schädlichen Handlungen, dem Uebel vorbeugt, als das andere, welches die Versuchung schafft und das dadurch hervorgerufene Uebel nachträglich zu beseitigen sucht.

Wenn wir die angegebene civilpolitische Bedeutung des Institutes der geopferten Einkünfte mit derjenigen des Institutes der entzogenen Einkünfte vergleichen, so sehen wir erst recht ein, wie grundverschieden beide Erscheinungen trotz der Analogie in der Methode der Einkommensschätzung sind:

1. Die Schätzung der entzogenen Früchte wirkt der Entstehung und Fortsetzung einer unerwünschten species facti (Delikt, Verzug) entgegen. Die Regeln über die geopferten Früchte begünstigen die Entstehung der erwünschten species facti.

2. Die Regeln über die entzogenen Früchte richten ihren Rath an den Schuldner; diejenigen über die geopferten Früchte an den eventuellen Gläubiger (des geopferten Kapitals).

3. Der Nutzen der Regeln über die entzogenen Früchte äussert sich in denjenigen Fällen, in welchen ihre Anwendung vermieden wird. Die beste Wirkung äussern diese Regeln dann, wenn der Schuldner in Erwägung der eventuellen Folgen ihrer Anwendung sich entschliesst, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen (resp. das Delikt nicht zu begehen), so dass es zur Schätzung der entzogenen Früchte nicht kommt. — Anders die Regeln über die geopferten Früchte. Sie freuen sich dann, wenn sie angewendet werden. —

Im Entwurf finden wir in Bezug auf das geopferte Einkommen eine Lücke vor. Dies ist ganz natürlich, weil man darüber keine Auskunft in der Pandektenliteratur gefunden hat. Das letztere erklärt sich aber wiederum daraus, dass die römischen Juristen die Materie hauptsächlich im Gebiete der Zinsenlehre erörtert und die Frage nach den geopferten Miethszinsen etc. nicht so eingehend und

oft behandelt haben (vgl. oben S. 59 fg.). Zwar giebt es im Entwurfe einige Bestimmungen über die Zinsenprästation in gewissen Fällen der Geldverwendung. Allein diese Bestimmungen, welche das römische Recht im verzerrten Zustande wiedergeben, sind so unpolitisch (s. unten § 29), dass ihre Ausnutzung zum Zweck der Ausfüllung der Lücke nichts weniger als wünschenswerth erscheint.

---

§ 9. Singuläre Erscheinungen (Privatstrafen und Privilegien) im Gebiete der Fruchtprästationen.

Einige Forderungen des römischen Rechtes ad consequendum id quod meum non fuit waren in dem Sinne bevorzugt, dass bei gewissen, in dem entsprechenden Specialgesetze angegebenen Voraussetzungen die Prästation der Früchte vor dem Verzug und Prozessbeginn eintrat (Fruchtprivilegien). In Bezug auf andere Rechtsverhältnisse galt die Regel, dass die Summe des Einkommens durch einen Strafzuschlag vergrössert wurde (Fruchtstrafen).

A. Fruchtstrafen. Wir werden uns nur mit denjenigen Strafbestimmungen des römischen Rechtes befassen, welche sich speciell auf das Einkommen beziehen. Nur im Allgemeinen ist hier zu konstatiren, dass das röm. Recht auch solche Privatstrafen kannte, welche zugleich das Kapital und das Einkommen betrafen. So bezog sich die Strafe der quadruplatio bei der a. quod metus causa nicht nur auf das Kapital, sondern auch auf das Einkommen:

Quadruplatur autem id quanti ea res erit, id est cum fructibus et omni causa (l. 14 § 7 D. quod metus 4, 2).

Dabei wurden nicht nur etwa die gewonnenen Einkünfte vervierfacht, sondern im Allgemeinen die ganze Summe der Verzugsfrüchte (quod interest quadruplari § 14 eod.).

Unter den speciellen Fruchtstrafen hat eine besonders wichtige Rolle in der Geschichte des römischen Rechtes die Bestimmung der XII Tafeln über die duplio fructus bei der rei

vindicatio gespielt.[1] Ueber diese Bestimmung berichtet Festus (vindiciae) mit folgenden Worten:

Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito.

Dieses geschichtliche Zeugniss ist durch den Bericht von Gaius (IV. 16) über den alten Vindikationsprocess zu vervollständigen:

praetor secundum alterum eorum (der über das Eigenthum streitenden Parteien) vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum.

Die civilpolitische Bedeutung der duplio fructus bestand darin, dass die Erlangung des interimistischen Besitzes während des Vindikationsprocesses für diejenige Partei, welche iniuria vindicavit, durch diese Privatstrafe sehr gefährlich gemacht wurde und zwar desto gefährlicher, je länger der Prozess dauerte. Die natürliche Folge davon musste sein, dass die chikanösen und unredlichen Prozesse resp. die chikanöse Verschleppung des Prozesses und das falsam vindiciam ferre nicht so leicht und oft vorkamen, als dies ohne das Institut der duplio fructus geschehen wäre. Eine ähnliche civilpolitische Funktion erfüllte die analoge Fruchtstrafe beim Interdiktenverfahren:

Ergo is qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem . . . fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit. Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est (Gai IV, 167).

Auch hier ist die Fruchtstrafe dazu bestimmt, das unberechtigte facultatem fruendi nancisci möglichst selten zu machen; dies ist eine vom volkswirthschaftlichen Standpunkt sehr berechtigte Tendenz, weil die Erlangung des Zwichenbesitzes seitens des Unberechtigten und die nachträgliche Rückkehr der Wirthschaft zum Berechtigten eine Unterbrechung der planmässigen Bewirthschaftung und somit Verlust an ökonomischen Gütern herbeiführt; ausserdem ist der

1) Vgl. Heimbach, Die Lehre von der Frucht S. 163 fg.; Savigny, Syst. B. 6 S. 109; Wetzell, Vindikationsprocess S. 31 fg.; Lenel, Edictum S. 411, 412; Karlowa, röm. Rechtsgesch. II S. 440, 441.

Zwischenbesitzer, welcher falsam vindiciam tulit, eher zur Raubwirthschaft als zu sorgfältigem wirthschaftlichem Verhalten geneigt, besonders wenn er feindschaftliche Gefühle gegen seinen Prozessgegner hegt. Freilich hat das Institut auch eine wichtige Kehrseite; die duplio fructus musste unter Umständen dahin führen, dass manche wirklich Berechtigte, welche über den Ausgang des Prozesses zweifelten, von der ruhigen und unbefangenen Vertheidigung ihres Rechtes abgeschreckt wurden.

Was versteht das Recht der XII Tafeln unter duplio fructus: handelt es sich nur um die thatsächlich gewonnenen Einkünfte oder auch um die fr. percipiendi? Die Annahme, wonach das primitive römische Recht das civilpolitische Werkzeug: fructus percipiendi, beherrscht hat, welches noch die Gesetzgeber des 19. Jahrh. sachgemäss zu handhaben nicht verstehen, könnte prima facie als kühn und wenig glaubhaft erscheinen.[1] Das bewusste civilpolitische Denken war den alterthümlichen Juristen, wo möglich, noch mehr fremd als dem modernen Gesetzgeber. Indessen ist nicht zu vergessen, dass wir es mit einem Gewohnheitsrecht, mit einem Naturprodukt sozusagen zu thun haben. Der Mangel an einer leitenden Wissenschaft (Civilpolitik) und dem kritischen und bewussten civilpolitischen Denken wird bei der Entwickelung des Gewohnheitsrechtes durch die Volkserfahrungen und Beobachtungen und durch die Entwickelung des entsprechenden unbewussten Triebes, des Rechtsinstinktes, ersetzt. Von diesem Standpunkte kommen wir zu der festen Ueberzeugung, dass die duplio fructus des alten röm. Legisaktionenprozesses als eine Wiege des Institutes der fr. percipiendi zu betrachten ist. Zweifellos wäre die duplio fructus eine civilpolitische Kuriosität, wenn es sich dabei um das thatsächlich gewonnene Einkommen handelte. Denn gerade die chikanösen und unredlichen Inhaber der vindiciae würden dann die Strafbestimmung für sich unschädlich machen. Wenn ein unredlicher Vindikant weiss, dass er falsam vindiciam tulit und dass er desto grösseren Nachtheil zu erwarten hat, je mehr er Früchte gewinnt, so wird er gewiss auf die Herbeiführung und Vergrösserung seiner Strafe keine Sorgfalt und Mühe verwenden. Das Recht ertheilt ihm ja den dringenden Rath, die Kultur zu vernachlässigen und keine Früchte zu ziehen. Wenn man daher ursprünglich bei der duplio fructus nur die gewonnenen Früchte in Betracht gezogen

1) Uebrigens ist derselben schon Wetzell a. a. O. gefolgt.

hätte, so würden die Juristen und Laien des Alterthums oft beobachtet haben, dass unredliche Vindikanten absichtlich zum Schaden der Allgemeinheit und der Gegenpartei die dona Cereris vergeudeten und die Kultur vernachlässigten, um der Strafe zu entgehen. Man musste dann instinktiv sich dagegen empören und reagiren. Es musste eine akute Entzündung des Rechtsinstinktes eintreten, welche auf natürliche Weise die Verbesserung des Rechtes bewirkte. Jeder Grundbesitzer musste sich selbst sagen: „Also wenn ein Gauner gegen mich einen chikanösen Prozess erhebt und vindiciam falsam fert, kann er mich um die Früchte der Zwischenzeit bringen und meine Wirthschaft desorganisiren; dies kann unmöglich zugelassen werden; dies ist offenbar unbillig.“ Das ist aber die erste Stufe der Bildung eines sachgemässen Gewohnheitsrechtes, welche nothwendig auch die zweite Stufe (Verwandlung der genügend erstarkten gemeinen instinktiven Triebe, Gerechtigkeitsinstinkte in die entsprechende Rechtsübung) herbeiführt.

Auch die Worte: fructus duplione damnum decidito sprechen für die Berücksichtigung der fr. percipiendi. Kann man sagen, dass derjenige damnum decidit, welcher die Kultur vernachlässigt und das gewinnbare Einkommen verschleudert und darum nichts bezahlt? In diesem Falle entsteht ja erst recht ein damnum aus den falsae vindiciae. Die Androhung der duplio fructus hatte nicht nur die Tendenz, die pathologische Erscheinung, welche im falsam vindiciam ferre besteht, möglichst selten zu machen, sondern auch für die Vindikanten, welche doch die vindiciae erstreben und erlangen, den psychologischen Zwang zu schaffen, die Wirthschaft ordentlich zu besorgen, wenn sie keinen günstigen Ausgang des Prozesses erwarten (causae diffidunt). Höchst interessant ist in diesem Sinne folgender Ausspruch aus Pseudo-Asconius:[1]

„Praedes“ ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea qui tenet diffidens causae possessionem deteriorem faciat . . . et culta deserat.

Zur weiteren Geschichte der duplio fructus sind folgende Berichte zu beachten:

ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur (Gaius IV, 94 über die rei vindicatio per sponsionem).

1) In Cic. Verrinas, in act. II lib. I, 114 (Bruns, pars 3, V. B.).

. . . ex die accepti iudicii dupli fructus computantur. et tam dantes quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratorum cognitorumque personae, itemque sponsorum eadem stipulatione comprehenduntur (Paulus Sent. V, 9, 2).

Es ist allgemein anerkannt, dass die stipulatio, von welcher Paulus in der letzteren Stelle spricht, die stipulatio pro praede litis vindiciarum ist.[1] Die duplio fructus der XII Tafeln wurde also in den Vindikationsprozess per sponsionem übernommen.

Aus anderen Stellen in Pauli Sent. ersehen wir ferner, dass analoge Fruchtstrafen auch bei anderen Rechtsverhältnissen eingeführt wurden. So wird dort (V, 9, 1) die Anwendung der duplio fructuum auf Grund der cautio, welche der bedingt eingesetzte Erbe bei der pet. bonorum possessionis dem Substituten zu leisten hatte, bezeugt:

Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur.

Den civilpolitischen Sinn dieser Bestimmung deutet die Stelle selbt an: ne . . . res hereditarias deminuat. Es handelt sich um die Schaffung der Motive für den bedingt Eingesetzten, die Erbschaft für den eventuellen Berechtigten zu erhalten. Sonst könnte die Erwartung, dass die Erbschaft einem anderen, dem Substituten, zu Gute kommt, für den sub condicione scriptus die Versuchung schaffen, die Erbschaft zu vergeuden. Analogen civilpolitischen Sinn hat folgende gleichfalls von Paulus (S. I. 13b, 8) referirte Bestimmung von allgemeinerer Bedeutung:

Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogitur.

Zu den Zeugnissen der klassischen Juristen über Fruchtstrafen gehört noch fragm. de i. fisci 20:

Ab eo q(ui) reus criminis (publici) postulatus adversam sententiam meruit, tempore reatus, quocun(que) modo alienata a fisco cum quadruplis fructibus revocantur.

Mehr Interesse hat für uns das Gesetz von Valentinianus und Valens (l. 1 Cod. Theod. de fruct. 4, 18), wo die duplio fructus in einer neuen Gestalt wiederkehrt:

1) Vgl. Lenel a. a. O., Karlowa S. 441.

Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum, quos ipse percepit, agnoscat: sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur: ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit.

Der malae fidei possessor bezahlt also die doppelte Summe des (gewonnenen und versäumten) Einkommens vom Anfang des Besitzes an, der b. f. possessor seit dem Augenblick seiner Verwandlung in den m. f. possessor, jedenfalls also seit dem Prozessbeginn. Das Gesetz hat eine ganz andere civilpolitische Tragweite, als die oben angeführte Bestimmung, wonach der Besitzer der Erbschaft doppelte Früchte bezahlt, wenn er fructus capere vel possidere neglexit. Denn diese Bestimmung veranlasst nur den Besitzer, ordentlich zu wirthschaften und die Erbschaft in ihrem Bestande zu erhalten. Wenn er dies thut, zahlt er aus eigener Tasche nichts zu. Anders nach dem Gesetze des Cod. Theod. Dieses will dem Vorkommen der m. f. possessio als solcher, als einer socialrechtlichen Krankheitserscheinung, überhaupt vorbeugen resp. dieselbe so selten und kurz wie möglich machen. Gewiss hat sich zur Zeit des Erlasses des Gesetzes eine bedenkliche Zerrüttung des Rechtszustandes geltend gemacht, eine Herrschaft des Faustrechtes und der rechtlichen Malversationen; die Kaiser wollten nun die Eigenthumssicherheit durch diese drakonische Massregel konsolidiren. Das Gesetz ist vielleicht gut gemeint, aber vom civilpolitischen Standpunkt unvorsichtig und zweischneidig. Dadurch wird zunächst eine neue Art der Spekulationen auf die unberechtigte Erlangung fremden Eigenthums ins Leben gerufen. Es ist sicher anzunehmen, dass das Gesetz während seiner Geltung nicht wenige Eigenthümer um ihr Eigenthum zu Gunsten von Gaunern gebracht hat. Wenn ein in Wirklichkeit ganz unberechtigter Eigenthumsprätendent dem wahren Eigenthümer und Besitzer irgend welche anscheinend plausibele Beweise vorspiegelt, dass sein Besitz unberechtigt sei, dass das Eigenthum vielmehr ihm, dem Prätendenten, gehöre, so verleitet der metus periculi den furchtsamen Eigenthümer, welcher keine genügenden Beweise seines Eigenthums in Händen hat und seines Rechtes nicht sicher ist, zur Aufgabe

des Besitzes zu Gunsten der Gegenpartei. Gewiss kamen solche Fälle vor: der Nichtbesitzer theilt dem (berechtigten) Besitzer seine Eigenthumsprätension mit dem Hinweis auf die Strafe des duplum mit. Der Eigenthümer wird unruhig, entscheidet sich aber für die Beibehaltung des Besitzes; die aussergerichtlichen Streitigkeiten dauern noch einige Jahre fort; der Eigenthümer verliert immer mehr seine Sicherheit, da die Gefahr sich mit jedem Monate vergrössert. Dann schickt ihm der unredliche Prätendent ein ultimatum mit dem Vorschlag einer gütlichen Auseinandersetzung, und die Erpressung gelingt. Auch manche wahre Eigenthümer konnten aus dem Gesetze auf eine unsittliche Weise für sich Kapital schlagen. Im Falle der m. f. possessio ihrer Grundstücke seitens dritter Personen konnten sie auf die Verlängerung dieses Zustandes absichtlich spekuliren. Endlich ist es auch eine bedauernswerthe sociale Erscheinung, wenn ein Besitzer, welcher zwar seines Rechtes unsicher ist (mala fides), aber doch dasselbe für wahrscheinlich hält und darum den Besitz zu Gunsten des wirklichen Berechtigten nicht aufgiebt, darum ruinirt wird, weil er die nicht ganz sicheren Prätensionen seines Gegners ohne die gerichtliche Entscheidung nicht befriedigen wollte. Die Kaiser hätten etwaige Delikte und widerrechtliche Manipulationen, nicht aber den Besitz als solchen und mit so zweischneidigen Gesetzen treffen sollen. Das Gesetz hat gewiss kein langes Leben gefristet; jedenfalls wurde dasselbe bei der Aufnahme in die justinianische Kodifikation sachgemäss umgestaltet:

Litigator victus, qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum fructuum praestationem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed eos, quos percipi potuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat ex eo, ex quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit (l. 2 C. Just. de fruct. 7, 51).

Im Allgemeinen könnte man aus dem Corpus iuris nicht entnehmen, dass jemals im röm. R. eine Strafe der duplio fructus existirt hat. Höchstens könnte man in der l. 9 § 6 D. ad exh. 10, 4 (ut fructus secundum legem aestimentur) und in dem in den Digesten vorkommenden Ausdruck maiores fructus (l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5: nam et si maiores fructus forte petens a possessore . . . abstulit) eine Erinnerung an das Gesetz der XII Tafeln und seine späteren Nachbildungen finden.[1]

1) Vgl. Lenel a. a. O.

B. Fruchtprivilegien. a) Nach der l. 31 §§ 5—8 C. de iure dot. 5, 12 von Justinian kann der Ehemann, welchem die versprochene Dos binnen 2 Jahren nach Schliessung der Ehe nicht geleistet wird, die Früchte seit dieser Zeit fordern (vgl. über die Zinsen unten § 17). b) Nach der Nov. 131 c. 12 sollen die Früchte (und Zinsen) bei einem legatum ad pias causas seit dem Tode des Erblassers prästirt werden, wenn der Beschwerte nicht binnen sechs Monaten nach Bekanntmachung des Testaments freiwillig erfüllt.

II. Theil.

Zinsen.

§ 10. Inhalt der herrschenden Lehre.[1]

Die meisten Sätze der gemeinen Lehre von den Zinsenprästationen werden seit Jahrhunderten in wesentlich unveränderter Gestalt vorgetragen, ohne auf Widerspruch zu stossen. Nur ein Punkt, nämlich die Frage nach dem Verhältniss der gesetzlichen Zinsenforderung zur Hauptforderung, ist sehr bestritten und hat eine umfangreiche Literatur erzeugt. Sonst ist Literatur und Inhalt der gemeinen Lehre über die Zinsen im Verhältniss zur Wichtigkeit der Materie sehr dürftig. Wir schicken unserer Zinsentheorie zur Orientirung eine kurze Zusammenfassung der hergebrachten Lehrsätze voraus; dabei schliessen wir uns hauptsächlich an das Lehrbuch von Windscheid an, welches im Allgemeinen ein treues Bild der gemeinen Lehre enthält:

A. Begriffsbestimmung der Zinsen: „Zinsen sind eine Vergütung für den Gläubiger wegen der einstweiligen Entbehrung des Genusses Dessen, was er zu fordern hat“, wobei erforderlich ist: a) „dass das, was der Gläubiger zu fordern hat, eine Quantität vertretbarer Sachen sei; b) dass die Vergütung in Sachen derselben Art bestehe.“[2] Anstatt oder neben dem Ausdruck „Vergütung für die Entbehrung“ kommt in anderen Definitionen oft der Ausdruck „Vergütung für den Genuss“, „Vergütung für die gewährte Nutzung“ etc. vor.[3] In zahlreichen Definitionen werden ausserdem noch folgende Merkmale der Zinsen

---

1) Savigny, System VI § 268 fg.; Unger in der österreichischen Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, Band XIV S. 117 fg.; Randa, Zur Lehre von den Zinsen; Windscheid II § 259 fg.; Arndts, Lehrbuch § 207 fg.; Dernburg II § 28 fg.; Hasenöhrl, österreichisches Obligationenrecht B. I § 20.

2) Windscheid § 259, vgl. Unger a. a. O. S. 117 und andere.

3) Vgl. z. B. Dernburg II § 28; Arndts § 207; Randa a. a. O. S. 5.

erwähnt: 1) Zinsen bilden eine nach Prozenten bemessene Vergütung . . . ; 2) Zinsen sind diejenige Vergütung, welche sich mit der Fortdauer der Benutzung der Summe fortgesetzt erneuert.

B. Arten der Zinsen. „Die Zinsverbindlichkeit versteht sich nicht von selbst, sie muss besonders begründet sein.“ Nach der Art dieser besonderen Begründung theilt man die Zinsen ein in gesetzliche (usurae legales) und vertragsmässige (usurae conventionales).[1] Zur Begründung der vertragsmässigen Zinsenverbindlichkeit wurde nach dem römischen Recht regelmässig die Stipulation gefordert. Uebrigens konnte die Zinsenpflicht auch durch eine letztwillige Verfügung oder eine pollicitatio entstehen.[2]

Zu den gesetzlichen Zinsen, d. h. denjenigen, welche kraft einer positiven Rechtsvorschrift zu zahlen sind, werden verschiedene Fälle gerechnet und kasuistisch aufgezählt. Gewöhnlich führt man hier die Zinsen an, welche zu entrichten sind:

1. auf Grund des Verzuges (Verzugszinsen);
2. nach Klageerhebung (Prozesszinsen);
3. in gewissen Fällen wegen unbefugter Verwendung fremden Geldes zu eigenem Nutzen oder unterlassener Nutzbarmachung der verwalteten Geldsummen;
4. in gewissen Fällen des Ersatzes der gemachten Auslagen;
5. ferner die Zinsen, welche der Käufer nach Uebergabe der gekauften Sache vom Kaufpreis zahlt;
6. welche dem Fiskus und den Minderjährigen auch ohne Verzug des Schuldners von der Fälligkeit ihrer Forderungen an zu zahlen sind;
7. nach dem römischen Recht gehörten hierher auch die sog. Judikatszinsen.[3]

Durch die Begriffsbestimmung der gesetzlichen Zinsen, den Namen und die kasuistische Aufzählung der einzelnen Fälle erhält die Lehre von den gesetzlichen Zinsen eine äusserst positive Gestalt. Hier hat die Theorie gleichsam Schiffbruch gelitten. Sie ist ausser Stande, verschiedene einschlägige Rechtssätze auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückzuführen. Man muss sich vielmehr mit der Kasuistik und Berufung auf das positive Gesetz als auf die letzte Instanz begnügen.

---

1) Windscheid, Dernburg, Arndts a. a. O...
2) Dernburg II § 29 N. 1; Windscheid § 259 N. 6.
3) Vgl. Windscheid I § 129 N. 5a. 5b., § 259 N. 7; Dernburg II § 29 N. 6—23.

Uebrigens hat es nicht an Versuchen gefehlt, die Lehre zu vertiefen. Bei den Verzugszinsen ist anerkannt, dass sie sich theoretisch vom Standpunkt der Grundsätze über den Schadensersatz erklären lassen. Diese Zinsen brauchen nicht lediglich auf die positive Rechtsvorschrift zurückgeführt zu werden; sie werden einfach als ein Theil des Zeitinteresses prästirt. Positiv bestimmt ist nur die Höhe der Verzugszinsen, indem sie nach dem landesüblichen Massstab (jetzt 5 %, vgl. unten) bemessen werden. Darum haben einige Schriftsteller die Verzugszinsen aus der Reihe der gesetzlichen Zinsen ausgeschlossen und den usurae legales die usurae ex mora entgegengestellt. Ausserdem wurden einige Fälle der Zinsenpflicht aus der Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen erklärt und daraus neben den usurae ex mora und legales die dritte Kategorie usurae punitoriae[1] gebildet. Gegen diese Unterscheidungen hat sich Savigny[2] erklärt. Nach seiner Meinung beruhen verschiedene Fälle der Zinsenpflicht auf den Regeln über das Interesse: „Wenn der Gebrauch irgend einer Sache eine Zeit hindurch bei Demjenigen sich befindet, dem er nicht gebührt, also einem Anderen mit Unrecht entzogen wird, und zugleich ein Rechtsgrund vorhanden ist, für dieses Unrecht Vergütung zu fordern, so kommt es in jedem einzelnen Fall darauf an zu beweisen, wie hoch sich das Interesse dieses erlittenen Unrechts belaufe, worüber aber eine durchgreifende Regel durchaus nicht aufgestellt werden kann. Hierin tritt nun für denjenigen, der eine solche Vergütung fordert, eine grosse Erleichterung ein, wenn der Gegenstand des mit Unrecht entbehrten Gebrauchs in baarem Gelde besteht. Ein besonderer Beweis für den Betrag des erlittenen Schadens wird dadurch entbehrlich, dass der Kläger die landesüblichen Zinsen fordern kann. Diese praktisch höchst wichtige Regel findet u. a., und vorzüglich, Anwendung auf die Verzugszinsen, indem als Ersatz für die Mora bei einer Geldschuld, ohne weiteren Beweis des erlittenen Schadens, landesübliche Zinsen gefordert werden können. Es ist aber ganz unrichtig, diesen Fall, wie es gewöhnlich geschieht, als eine ganz besondere Klasse von Zinsen anzusehen und davon andere Klassen unter verschiedenen Namen strenge zu unterscheiden. Vielmehr liegt in den Verzugszinsen nur der häufigste Fall der Anwendung, während ganz dasselbe Princip auch ohne Mora bei

---

1) Vgl. Schilling, Institutionen III 108.
2) Savigny, Syst. VI § 269.

vielen Rechtsverhältnissen zur Anwendung kommt. So soll insbesondere Jeder, der fremde Geschäfte verwaltet und dafür aus eigenem Vermögen Auslagen macht, landesübliche Zinsen des ausgelegten Geldes fordern können, auch wenn seinem Gegner eine Mora nicht zur Last fällt." Diese Meinung vertritt auch Unger: „Das Eigenthümliche der gesetzlichen Zinsverbindlichkeit besteht in den angeführten Fällen nicht in der Verpflichtung zur Zinsenzahlung überhaupt, welche vielmehr aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspringt, sondern in der gesetzlichen Annahme, dass die zinsbare Benutzung des Geldes zu jeder Zeit möglich sei, also in der gesetzlichen Statuirung und Taxirung des Interesses."[1] Nicht so weit in der Gleichstellung verschiedener Fälle der Zinsenpflicht nach ihrem Grunde geht Randa,[2] welcher folgende Gruppen der Zinsenpflicht nach ihrem Entstehungsgrunde unterscheidet:

1. Der Verpflichtungsgrund kann in einem Rechtsgeschäfte und zwar im Einzelnen wieder in einem Vertrage oder in einer letztwilligen Anordnung (usurae conventionales, testamentariae) bestehen;
2. in der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, insofern das Interesse des Gläubigers in dem Entgange der landesüblichen (gesetzlichen) Zinsen besteht;
3. in einer unerlaubten Handlung (Delikt), sofern der erlittene Schaden darin beruht, dass dem Beschädigten die landesüblichen Zinsen entgingen;
4. im Gesetze oder genauer gesagt in einem Zustande, mit welchem kraft allgemeiner Rechtsvorschrift die Zinsverbindlichkeit verknüpft ist.

Unter die Rubrik 2 bringt Randa folgende Fälle: a) die Verzugszinsen, b) die Zinsen, welche dem Geschäftsführer von den von ihm aus eigenen Mitteln gemachten Verwendungen im Interesse des Geschäftsherrn gezahlt werden; endlich c) die Zinsen, die der Verwalter fremder oder gemeinschaftlicher Gelder bezahlt, wenn er dieselben pflichtwidrig müssig liegen lässt, oder d) obligationswidrig fremde Gelder zu eigenem Nutzen verwendet. Den Grund der Zinsenpflicht in diesen Fällen sieht Randa darin, dass sie als Interesse ersetzt werden müssen. Die Eigenthümlichkeit „besteht

1) Unger S. 120.
2) Randa S. 9 fg.

nicht — wie irrigerweise in der Regel angenommen wird — in der gesetzlichen Statuirung der Zinsverbindlichkeit, welche sich vielmehr wie beim Verzug nach allgemeinen Grundsätzen von selbst ergiebt, sondern eben nur darin, dass das Interesse — weil es sich um Geldsummen handelt — in dem gesetzlichen (landesüblichen) Zinsfusse seine Cynosur, seinen Massstab findet" (S. 16 a. a. O.).

Ebenso aus allgemeinen Grundsätzen folgt die Zinsenpflicht im Falle des Deliktes.

Als Fälle der gesetzlichen Zinsenpflicht im eigentlichen Sinne (sub 4) führt Randa die sogenannten Prozess- und Judikatszinsen an; „denn beiderlei Zinsen laufen ohne die Voraussetzungen der mora kraft gesetzlicher Vorschrift" (S. 19). Hierher gehören auch nach röm. Recht die Zinsen, welche der Käufer nach Uebergabe der Sache vom Kaufpreis dem Verkäufer zahlt. „Nach röm. Recht kann dieser Fall darum mit Recht unter die Fälle der gesetzlichen Zinsverbindlichkeit gezählt werden, weil der Käufer ohne interpellatio nicht in mora ist" (S. 16 Anm. 36).

Die herrschende Eintheilung der Zinsen in die vertragsmässigen und gesetzlichen wird von Randa entschieden verurtheilt: „Man pflegt als Entstehungsgründe der Zinsenobligation gewöhnlich nur zwei anzuführen: den Willen der Parteien und das Gesetz und spricht im letzteren Falle von „gesetzlichen Zinsen" (usurae legales — zu unterscheiden von den usurae legitimae, d. i. den erlaubten Zinsen). Unter den gesetzlichen Zinsen werden also die oben unter Z. 2, 3 und 4 angeführten Fälle begriffen. Es ist jedoch, wie sich aus den bisherigen Erörterungen ergiebt, nicht nur unrichtig, diese verschiedenartigen Entstehungsgründe ohne Weiteres unter dem Begriff der Entstehung aus dem „Gesetze" zu vereinigen, sondern dies Verfahren ist auch geradezu irreführend und hat zu der Verworrenheit der diesfalls bestehenden Ansichten nicht wenig beigetragen. Mögen immerhin die oben unterschiedenen drei Fälle manches Gemeinschaftliche haben, grundsätzlich und in Einzelheiten sind die Verschiedenheiten sehr bedeutend" (S. 20).

Die dargestellten Versuche, eine Theorie der gesetzlichen Zinsen aus allgemeinen Rechtsprinzipien zu konstruiren, haben eine allgemeine Anerkennung nicht erlangt. Die weitere Darstellung wird zeigen, dass sie alle auf irrthümlichen Voraussetzungen beruhen und dass die gemeine Lehre recht hat, wenn sie diesen Theorien einfach die kasuistische Aufzählung einschlägiger Vorschriften des römischen Rechtes vorzieht. Besser keine als eine falsche Theorie.

Jeder Versuch, das Postulat der Aufstellung einer allgemeinen Theorie der Zinsenprästationen zu erfüllen, musste auch nothwendig scheitern, diese Theorie musste ein pium desiderium bleiben, weil man einerseits keine befriedigende Theorie der Einkommensschätzung hatte, andererseits das Wesen der Zinsen selbst, insbesondere der Zinsen zur Zeit der römischen Kultur, gründlich verkannte.

C. Verzinsbare Gegenstände der Forderungen. Die herrschende Meinung geht dahin, dass die Zinsen, ihrem Begriffe nach, nicht nur bei Geldschulden, sondern bei allen auf fungible Sachen gerichteten Obligationen vorkommen können, indem man nur voraussetzt, dass als Ersatz für die Benutzung eine Quote gleichartiger Sachen festgesetzt ist. Allein die gesetzlichen Zinsen können nur bei Geldsummen vorkommen. Denn diese beruhen auf der gesetzlichen Annahme, dass Gelder jederzeit zum landesüblichen Zinsfuss angelegt werden können. Eine solche allgemeine Annahme sei eben nur bei Geldsummen möglich, da andere Fungibilien nur selten verzinslich ausgeliehen werden.[1]

D. Höhe und Beschränkungen der Zinsen. Gesetzliche Zinsen werden nach dem landesüblichen Zinsfusse berechnet. Einige Spezialgesetze fixiren sie für manche Verhältnisse höher, für andere niedriger. So setzt das Einführungsgesetz zum H.G.B. Art. 14 die Höhe der gesetzlichen Zinsen in Handelssachen auf 6 %. Die Schuldner des Fiskus mussten nach der römischen, jetzt nicht mehr geltenden Vorschrift 6 % bezahlen. Ebenso muss der Verwalter fremden Vermögens die usurae maximae (im klassischen Recht 12 %, im justinianischen 6 %) bezahlen, wenn er die verwaltete Summe im eigenen Nutzen verwendet. Die Höhe von 4 % gilt für die Zinsen der versprochenen sowie der zu restituirenden Dos . . . Der Reichsdeputationsabschied v. 30. Oktober 1600 § 139 hat die Verzugszinsen auf 5 % gesetzt. Es ist streitig, ob diese Vorschrift ausdehnend dahin zu interpretiren sei, dass sie im Allgemeinen den landesüblichen Zinsfuss auf 5 % fixirt hat. Im Falle der Bejahung dieser Frage betragen gegenwärtig die gesetzlichen Zinsen 5 %, wo kein Spezialgesetz eine andere Höhe bestimmt.[2]

---

1) Savigny, VI S. 137 fg. S. 144 fg.; Mommsen, Beiträge 3 S. 236, S. 243 fg.; Unger S. 119 A. 3; Randa S. 12; Dernburg II § 29 N. 13. Für die Ausdehnung auf Schulden, die andere Fungibilien zum Gegenstand haben, ist Wächter, Pand. II S. 297; er beruft sich darauf, dass einzelne Stellen die Zinsenpflicht ganz allgemein, ohne Beschränkung auf Geldschulden, aussprechen.

2) Dafür Dernburg § 30 Text zur N. 1 und 2. Weiter geht Wendt,

Die Höhe der Vertragszinsen wird durch den Parteiwillen bestimmt. Die Vertragsfreiheit in Bezug auf die Zinsen wird jedoch durch Wuchergesetze beschränkt. Das römische Recht hat ein Zinsmaximum vorgeschrieben. Nach klassischem Recht betrugen die höchsten erlaubten Zinsen (usurae maximae, usurae legitimae) 12 %; Justinian hat das Zinsmaximum auf 6 % herabgesetzt, jedoch mit gewissen Ausnahmen; so konnten die Kaufleute 8 % ausbedingen. Jetzt gelten die römischen Zinsbeschränkungen nicht mehr. Der Wucher wird vielmehr durch Gesetze bekämpft, welche darauf sehen, ob im einzelnen Falle die Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Schuldners vorliegt.

Von den römischen Beschränkungen des Zinsennehmens gelten noch jetzt folgende:

1. Vertragszinsen laufen nicht mehr, wenn ihre Rückstände die Höhe des Kapitals erreicht haben.

2. Verzinsung rückständiger Zinsen (anatocismus) ist nicht gestattet.

Geschäfte, welche gegen diese Bestimmungen verstossen, sind nichtig. Sind verbotene Zinsen gezahlt worden, so mindert das die Schuld des Pflichtigen. Der etwaige Ueberschuss muss zurückerstattet werden.

E. Verhältniss der Zinsverbindlichkeit zu der Hauptschuld.[1] Die Entstehung der Zinsenpflicht setzt voraus, dass eine Kapitalschuld existirt, so dass der Zinsenlauf aufhört, wenn die Kapitalschuld aufgehoben wird. Darum bezeichnet man die Zinsenpflicht als eine accessorische. Was das Verhältniss der schon entstandenen Zinsenpflicht zu der Hauptschuld anbetrifft, so unterscheidet man die vertragsmässigen und die gesetzlichen Zinsen:

Pandekten § 190: „Rechtssätze natürlich, welche für bestimmte Kapitalschulden eine Zinspflicht aufstellen, bestimmen dann auch die Höhe der zu leistenden Zinsen. Während das römische Recht dabei die einzelnen Fälle sehr ungleich behandelte und bald 12 %, bald 6, 4 oder 3 % anordnete, sind durch spätere Gewohnheit, unterstützt von der Gesetzgebung, alle Fälle gleichmässig auf 5 % gesetzt, und das stellt also jetzt den allgemeinen gesetzlichen Zinsfuss dar. Jedoch sind den Kaufleuten für ihre Forderungen aus Handelsgeschäften 6 % zugebilligt, und ebenso hat das Wechselrecht für den Wechselregress 6 % Wechselzinsen anerkannt."

1) Vgl. Windscheid II § 259; Dernburg II § 29; Carus, die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen (Inauguraldissertation, Halle 1876); Gimmerthal, Arch. f. civ. Pr. 61 S. 370 fg., 73 S. 287 fg.; Westerburg, Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 247 fg.; Ruhstrat, Arch. f. civ. Pr. 65 S. 277 fg.; Fadda le usure quae officio iudicis praestantur, Roma 1886, und andere bei Windscheid a. a. O. cit. Literatur.

1. Die auf Grund des Vertrages entstandenen Zinsenforderungen besassen nach dem röm. Recht eine selbständige Klagbarkeit und konnten auch nach der Tilgung der Hauptschuld eingeklagt werden.[1]

2. Für gesetzliche Zinsen fehlte in Rom eine selbständige Klage; sie wurden bei Gelegenheit der Hauptklage officio iudicis zuerkannt. Daher waren sie nicht mehr beitreibbar, wenn die Hauptschuld getilgt war, insbesondere durch Zahlung. Man sucht diese eigenthümliche Behandlung der gesetzlichen Zinsen aus der Natur derselben, aus ihrem begrifflichen Wesen zu deduciren, oder genauer, man ersinnt für die gesetzliche Zinsenpflicht ein eigenthümliches begriffliches Wesen, um durch die Deduktion aus dieser selbst geschaffenen Prämisse die römische Behandlung der gesetzlichen Zinsenpflicht als begrifflich nothwendig zu beweisen. In dieser Weise sind der gesetzlichen Zinsenpflicht sehr verschiedene begriffliche Eigenschaften zugeschrieben worden. Z. B. es wurde behauptet, dass sie nur als eine Eigenschaft der Hauptschuld existire. Daraus folgt mit begrifflicher Nothwendigkeit, dass sie mit der Hauptschuld aufhören muss, denn die Eigenschaften eines Dinges können nicht existiren, wenn das Ding selbst nicht mehr vorhanden ist. Desgleichen hat man behauptet, dass die Zinsenpflicht vor der Einklagung der Hauptforderung überhaupt nicht existire, sie entspringe erst aus dem officium iudicis; danach sollte man die gesetzlichen Zinsen eher als gerichtliche oder Offizialzinsen bezeichnen. Wie verschiedenartig solche Erklärungen lauten können, ersehen wir schon daraus, dass sich bei einem und demselben Schriftsteller oft ganz verschiedene Erklärungen zugleich vorfinden. So z. B. finden wir bei Windscheid (II § 259) folgende begriffliche Eigenschaften der gesetzlichen Zinsen aufgeführt:

1. Während die vertragsmässige Zinsenpflicht eine abgesonderte juristische Existenz hat, bildet die gesetzliche Zinsenpflicht „mit der Hauptverbindlichkeit eine Einheit, ist nur eine Erweiterung derselben“ (Text zur N. 10).

2. Die vertragsmässigen Zinsen werden kraft einer Thatsache gefordert, „die auch an und für sich eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist“ (N. 9). Dagegen entsteht die gesetzliche Zinsenpflicht „aus der Hauptverbindlichkeit durch den blossen Ablauf der Zeit, oder doch auf Grund von Thatsachen, welche an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten nicht sind“ (N. 10). Anscheinend denselben Gedanken drückt Windscheid durch folgende Worte aus: „Bei Zinsen dieser Art“ (bei gesetzlichen Zinsen) „ist die Hauptverbindlichkeit nicht, wie in dem vorigen Fall“ (im Falle der Vertragszinsen) „bloss die negative Voraussetzung ihrer Existenz (d. h. die Hauptverbindlichkeit darf nicht fehlen, wenn die Zinsverbindlichkeit entstehen soll), sondern sie ist das positiv Erzeugende“ (eod.).

1) Windscheid § 259 Text zur N. 9; Dernburg II § 29 Text nach der N. 13.

3. Die Rolle, welche die gesetzliche Zinsverbindlichkeit (die nach dem sub 1 Gesagten eine Einheit mit der Hauptverbindlichkeit, eine Erweiterung derselben ist) innerhalb der Hauptverbindlichkeit spielt, charakterisirt Windscheid auf folgende Weise: „Gewöhnlich sagt man (und so auch dieses Lehrbuch in früheren Auflagen), die Zinsverbindlichkeit sei in dem hier bezeichneten Fall ein „Bestandtheil“ der Hauptverbindlichkeit. Das ist nicht genau. Denn in korrektem Sprachgebrauch ist der Bestandtheil etwas für sich Bestehendes, aber mit Anderem zu einer (wirklichen oder gedachten) Einheit Verbundenes. Die Zinsverbindlichkeit ist nicht sowohl Bestandtheil, als vielmehr Theil der Hauptverbindlichkeit“ (N. 10). Durch diese ausserordentlich feine Unterscheidung soll, wie es scheint, angedeutet werden, dass die Zinsenpflicht nicht „etwas für sich Bestehendes“, sondern nur etwas in der Einheit mit der Hauptverbindlichkeit Bestehendes, sonst aber nicht Existirendes sei. Daraus ergiebt sich, dass mit dem Aufhören der höheren „Einheit“ die Zinsverbindlichkeit verschwindet. Uebrigens scheint Windscheid diesen Gedanken in der Note 12 verlassen zu haben. Hier begründet er den Satz, dass die Zinsenverbindlichkeit nur dann mit der Tilgung der Hauptschuld verschwindet, wenn der Gläubiger die Zahlung des Kapitals ohne Vorbehalt der Zinsen annimmt. Zu diesem Zweck denkt er diese in den Quellen nirgends ausgesprochene Beschränkung in die einschlägigen Stellen als stillschweigende Voraussetzung hinzu und rechtfertigt seine Theorie begrifflich auf folgende Weise: „Beruft man sich ferner auf die Natur der Sache, so ist zu antworten, dass die Zinsverbindlichkeit nicht einen Bestandtheil der Hauptverbindlichkeit bildet, sondern einen Theil — wenn aber einen Bestandtheil, dass der Bestandtheil durch Wegfall der Hauptsache, zu welcher er gehört, nicht seine Existenz verliert, sondern nur seine Existenz als Bestandtheil, d. h. wieder selbständig wird. Die

Argumentation, dass die Zinsverbindlichkeit ohne die Hauptverbindlichkeit deswegen nicht fortexistiren könne, weil sie „Nebenbestandtheil“ (Westerburg) derselben sei, ist einfach eine Wiederholung der zu beweisenden Behauptung“ (N. 12). In dieser Argumentation nimmt Windscheid einen offenbar entgegengesetzten Standpunkt ein, als bei der angeführten Erklärung, warum die Zinsenpflicht nicht als Bestandtheil, sondern als Theil der Hauptverbindlichkeit anzusehen sei. Nicht besser ist es mit der Unterscheidung zwischen den Thatsachen, „die auch an und für sich eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande sind“ und denen, welche diese Eigenschaft nicht haben. Wenn Windscheid den Vertrag und die testamentarische Verfügung zu der ersten Kategorie rechnet, so ist zu sagen, dass diese Thatsachen an sich keine besondere Kraft besitzen, die Zinsverbindlichkeit zu erzeugen; dazu bedarf es vielmehr des entsprechenden objektiven Rechtes, welches ihnen diese Kraft verleiht. Mithin unterscheiden sie sich in dieser Hinsicht keineswegs vom Verzug und anderen Thatbeständen, an welche das Recht die Zinsverbindlichkeit knüpft. In beiden Fällen müssen 1. ein bestimmter Thatbestand, 2. ein Rechtssatz, welcher an diesen die Zinsenpflicht knüpft, vorliegen. Es ist also doppelt ungenau, zwischen den an sich die Zinsenpflicht erzeugenden und den an sich dazu unfähigen Thatsachen zu unterscheiden. Keine Thatsache ist an sich die Zinsenpflicht zu erzeugen fähig, andererseits kann eine jede dies bewirken, wenn diese Eigenschaft ihr durch das Recht verliehen ist. Auch die Windscheid'sche Unterscheidung zwischen den Fällen, wo die Hauptverbindlichkeit bloss die negative Voraussetzung der Entstehung der Zinsenpflicht, und den Fällen, wo die Hauptverbindlichkeit das positiv Erzeugende ist, kann die Kritik nicht bestehen. Der Satz: „Die Hauptverbindlichkeit darf nicht fehlen, wenn die Zinsverbindlichkeit entstehen soll“ scheint nur darum „eine negative Voraussetzung“ zu enthalten, weil er negativ gefasst ist. Was aber „nicht fehlen darf“, damit etwas Anderes entstehe, muss vorhanden sein, damit dieses Etwas entstehe. Durch diese einfache Aenderung der Fassung verliert die ganze Windscheid'sche Unterscheidung den Boden. Ebenso die gesetzliche wie die vertragsmässige Pflicht setzt das Vorhandensein oder, was dasselbe ist, das Nichtfehlen der Hauptverbindlichkeit voraus. In beiden Fällen müssen aber gewisse Thatbestände (Verabredung der Parteien, Verzug und dgl.) und entsprechende Rechtssätze hinzukommen, um die Zinsenpflicht ins Leben zu rufen.

Ebenso grosse Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten wie in Bezug auf die Konstruktion sind auch in Bezug auf die praktische Gestaltung vorhanden. Wir können drei Gruppen der Meinungen unterscheiden:

1. Die selbständige Klagbarkeit der Zinsen nach dem römischen Recht wird verneint.
2. Sie wird bejaht.
3. Sie wird im Falle des Vorbehaltes seitens des Gläubigers bejaht, sonst verneint.

In Bezug auf das gegenwärtig geltende Recht gehen die Meinungen noch mehr auseinander, weil hier noch der Zweifel hinzutritt, ob die römischen Regeln jetzt massgebend sind.[1]

1) Vgl. einerseits Windscheid § 259 N. 10 und 12 und die dort citirten, andererseits Dernburg II § 29 am Ende, wo keine Konstruktionen der obigen Art geliefert, sondern vielmehr die Thatsache des Mangels der selbständigen Klagbarkeit von gesetzlichen Zinsen im röm. R. einfach konstatirt, dieser Erscheinung aber nur die historische Bedeutung zugeschrieben und ihre Geltung für das gemeine Recht wegen des Mangels von inneren Gründen verneint wird.

Arten der Zinsen und ihre Höhe.

§ 11. Vorbemerkung.

Unserem Plane gemäss behandeln wir in diesem Bande nur die Lehre vom Zinsenersatz. Die Verhältnisse, bei welchen Jemand ein Kapital mit der Abrede bekommt, dass der etwa davon gewonnene Nutzen ihm verbleibt, er dafür aber ein bestimmtes Aequivalent, z. B. 4 % des erhaltenen Kapitals, zu zahlen hat, ist in der Lehre vom Zinsengewinn (Fruchtgewinn) zu behandeln.

Unsere Untersuchung ergiebt der herrschenden Lehre so unähnliche Resultate, dass man es auf den ersten Blick als unglaublich finden könnte, dass unsere Theorie auf denselben Quellen beruht, wie die gemeine Lehre. Indessen sprechen die Quellen, wie man aus der weiteren Darstellung ersieht, so klar und entschieden gegen die herrschende und für unsere Theorie, dass jeder Verdacht einer Umdeutung oder künstlichen Interpretation derselben bei uns als ausgeschlossen erscheint. Die Ursache der gemeinen Irrthümer liegt u. E. (ausser dem Mangel der civilpolitischen Betrachtungsweise) zum Theil in gewisser Vernachlässigung der Quellen. Die herrschende Lehre beruht nicht auf der eingehenden Prüfung und Zusammenstellung des gesammten Quellenmaterials, sondern auf einer geringen Anzahl von Stellen, deren wahrer Sinn erst aus der Zusammenstellung mit anderen, unbeachtet gebliebenen Entscheidungen, sich ergiebt. Ferner aber beruht die herrschende Lehre auf den Irrthümern der Art, von welcher wir oben eingehend gesprochen (S. 59 fg.), als wir vor den unvorsichtigen Schlüssen aus dem Stillschweigen oder den unvollständigen Entscheidungen der römischen Juristen im Gebiete der Lehre vom

Einkommen gewarnt haben. Die weitere Darstellung wird dies sehr oft bestätigen. Hier mögen folgende Hauptkategorien derartiger Fehlschlüsse im Voraus angedeutet werden:

a) Wie die röm. Juristen die sedes materiae über die Summission in die Niessbrauchslehre verlegt haben, erörtern sie ähnlich gewisse Arten der Zinsenprästationen hauptsächlich bei Gelegenheit dieses oder jenes Rechtsverhältnisses (z. B. der Verwaltung des fremden Vermögens), ohne dadurch ausdrücken zu wollen, dass die von ihnen ausgesprochenen Grundsätze bei anderen Verhältnissen nicht platzgreifen. Im Gegentheil ist nachweisbar, dass es sich nur um die zufällige Auswahl der sedes materiae im Corpus iuris handelt, dass die dort enthaltenen Entscheidungen eine allgemeine Bedeutung auch für andere Institute haben; insbesondere kehren analoge Entscheidungen auch in anderen Titeln der Digesten wieder. Sie wurden indessen meistens nicht bemerkt, und es entstanden falsche Schlüsse per arg. a contrario oder a silentio.

Aehnlich sprechen die römischen Juristen hauptsächlich von den Zinsen in den Fällen, wo es sich um Geldsummen handelt. Daraus entstand der Schluss, dass die gesetzlichen Zinsen nur bei Geldsummen möglich sind. Indessen lässt es sich sehr klar nachweisen, dass man zu diesem Schlusse nur durch ein unbegründetes arg. a contrario verleitet wurde, dass die Zinsenprästation vielmehr bei gewissen Voraussetzungen nicht nur bei Geld- und anderen Fungibilienschulden, sondern auch bei nicht vertretbaren Sachen eintritt.

b) Ebenso wie viele Stellen von der Prästation der fructus, pensiones etc. ohne nähere Bestimmung sprechen, ebenso entscheiden die römischen Juristen oft, dass im betreffenden Falle usurae praestantur, ohne näher darauf einzugehen, wie diese usurae geschätzt werden. Daneben heisst es in der l. 1 pr. D. de usuris 22, 1:

Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat.

Man hat nun ohne Weiteres den Satz aufgestellt, dass die gesetzlichen Zinsen immer den landesüblichen (resp. jetzt 5 %) gleich seien (von einigen Specialgesetzen über 6 %, 4 % etc. sehen wir hier ab). Darnach würde das römische Recht nicht wie bei den anderen Früchten die Ermittelung der Zinsensumme nach dem objektiven Thatbestande fordern, sondern eine willkürliche, positive, für ungleichartige Fälle gleiche Norm aufstellen. Dies ist ein

Irrthum. Die Summe der zu erstattenden Zinsen wird gar nicht anders bestimmt, als z. B. die Summe der zu prästirenden Miethszinse. Man schätzt also das reine gewonnene oder gewinnbar gewesene Einkommen nach den von uns oben dargestellten Grundsätzen, wobei die Zinsen anders geschätzt werden, wenn sie das geopferte Einkommen darstellen, als dann, wenn sie als fingirtes, versäumtes etc. Einkommen in Betracht kommen. Die angeführte und diejenigen Stellen, welche einfach von usuras praestare sprechen, sind durch zahlreiche andere Entscheidungen zu vervollständigen, um nicht falsch verstanden zu werden. Dann ergiebt es sich, dass es zwar in den meisten Fällen aus dem objektiven Thatbestande von selbst folgt, dass die ortsüblichen Zinsen zu leisten sind, dass aber diese Thatsache keine grössere Bedeutung hat, als die, dass bei den Miethshäusern thatsächlich das Einkommen gewöhnlich nach den ortsüblichen Miethszinsen zu schätzen ist. Wenn der Thatbestand ein anderes, als ortsübliches Einkommen, ergiebt, so ist dieses andere Einkommen zu schätzen. Der Sinn also, welchen man der angeführten Stelle entnommen hat, widerspricht dem praktischen römischen Rechte.

Zur Entdeckung aller dieser und anderer traditioneller Fehler und zur Aufstellung der nachfolgenden Zinsentheorie haben uns die civilpolitischen Erwägungen geführt. Wir haben uns überzeugt, dass die Regeln des römischen Rechtes über die Fruchtprästationen, insbesondere über die Fälle derselben und die Ausführung der Einschätzung des Einkommens einen tiefen Sinn vom Standpunkt der Nationalökonomie und der Ethik haben. So z. B. haben wir oben gesehen, dass der seine Kapitalien fremden Interessen Opfernde nicht mehr Einkommen erhalten soll, als quod ei abest, denn sonst treten sittlich und wirthschaftlich bedenkliche Erscheinungen ein; er soll auch nicht weniger bekommen, denn auch dann entsteht ein wirthschaftlicher Schaden, indem sonst die für den Volkswohlstand nützlichen Handlungen oft unterbleiben werden. Warum sollte für die Zinsen Anderes gelten? Auf dieselbe Weise haben uns die Grundsätze der Motivationspolitik auch in anderen Fragen den richtigen Weg gezeigt.

§ 12. A. Gewonnene Zinsen (usurae perceptae).

Die Prästation der Zinsen als der fr. percepti hat in der üblichen Darstellung der Zinsenlehre keinen Platz gefunden. Indessen ist dieselbe eine umfassende und wichtige Klasse der Zinsenprästationen, welche vom Standpunkt der herrschenden Lehre zu den Fällen der gesetzlichen Zinsenpflicht zu zählen wäre, insofern sie nicht auf der Verabredung der Parteien, sondern auf den „Rechtsvorschriften“ beruht. Als Beispiele der Restitution der usurae perceptae führen wir an:

1. Restitutio in integrum:

Ex quo scilicet simul intellegimus, quid observari oporteat, si sua pecunia pluris quam oportet (minor XXV annis) emerit, ut tamen hoc et superiore casu venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat (l. 27 § 1 D. de minoribus 4, 4).

2. Geschäftsführung ohne Auftrag:

Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus (l. 18 § 4 D. de neg. gest. 3, 5).

3. Act. pigneraticia:

Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus (l. 6 § 1 D. de pign. act. 13, 7).

4. Depositum: l. 28 D. dep. 16, 3 (respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive . . .).

5. Mandatum: l. 10 § 3 D. mand. 17, 1 (sed et si pecuniam meam [procurator] faenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare).

6. Tacitum fideicommissum:

In tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum et fisco praestandum divus Pius rescripsit: ergo et usurarum emolumentum aufertur heredi (l. 17 § 2 D. de usuris 22, 1).

7. Hereditatis petitio:

Usuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factae qui antea possidebat collectas nec non etiam fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterunt (l. 1 § 1 C. de pet. her. 3, 31).

8. Tutela (l. 58 § 1 D. de adm. et per. 26, 7).

Diese den verschiedenartigsten Verhältnissen entnommenen Beispiele werden wohl genügen, um zu behaupten, dass die Prästation der usurae perceptae theoretisch der Prästation der fructus percepti gleichsteht. Der Grund der Prästation der usurae perceptae

liegt in dem Fundamentalsatz der herrschenden Socialordnung: Dem Kapitaleigner gebührt das von seinem Kapital gewonnene Einkommen. Die Schätzung des gewonnenen Zinseneinkommens geschieht nach allgemeinen Regeln über die Schätzung der fructus percepti. Insbesondere ist es selbstverständlich, dass unter der Prästation der usurae perceptae, collectae die Erstattung des reinen, nicht aber des Bruttoeinkommens zu verstehen ist. Von der Summe der Zinsen in Brutto sind also die Kosten der verzinslichen Anlage des Kapitals (Kontraktskosten, Porto, Steuern etc.) abzurechnen.

Die juristische Gleichstellung der Erstattung der fructus percepti und der usurae perceptae als einer Species der ersteren ist aus vielen Stellen ersichtlich. Besonders charakteristisch ist aber in dieser Beziehung die l. 10 §§ 2, 3 D. mand. 17, 1:

Si ex fundo quem mihi emit procurator fructus consecutus est, hos quoque officio iudicis praestare eum oportet . . . sed et si pecuniam meam faenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcumque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

Aus dieser Stelle sehen wir:

a) Dass die usurae perceptae ebenso wie die fructus percepti officio iudicis prästirt werden.

b) Dass der Grund der Rückerstattung in beiden Fällen gleich ist. Der Jurist drückt sich dahin aus, dass die Erstattung vorbeugen soll, ne de alieno lucrum sentiat.

c) Dass nur das wirkliche emolumentum, also der reine Gewinn, zu erstatten ist (quantumcumque emolumentum sensit).

Auch die auf Grund des Parteiwillens eintretende Prästation der usurae perceptae wird als eine Fruchtrestitution charakterisirt, z. B.:

Nonnumquam evenit, ut, quamquam fructus hereditatis aut pecuniae usura nominatim relicta non sit, nihilo minus debeatur, ut puta si quis rogetur post mortem suam quidquid ex bonis superfuerit Titio restituere (l. 3 § 2 D. de usuris 22, 1).

§ 13. B. Zinsen als fingirtes Einkommen.

In der Lehre vom Zinsenersatz zeigt es sich am klarsten, wie wichtig vom praktischen und theoretischen Standpunkt die Eintheilung der durch die gemeine Theorie sogenannten fructus percipiendi in das fingirte und schuldhafterweise versäumte Einkommen ist. Wenn der gemeinen Zinsenlehre auch andere wichtige Irrthümer nicht zu Grunde lägen, so müssten doch alle Versuche, eine befriedigende Zinsentheorie zu schaffen, schon aus dem Grunde scheitern, weil man die erwähnte doppelte Natur der „fructus, qui percipi potuerunt,“ nicht gekannt hat.

Beispiele des Ersatzes der usurae fictae aus den Quellen:

1. Actio pigneraticia:

Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus: sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet, quod si eam depositam habuerit, usuras non debet (l. 6 § 1 D. de pign. act. 13, 7).

In der Stelle ist nicht erwähnt, welche Zinsen der Gläubiger, der den Ueberschuss des Erlöses aus dem Pfandverkaufe in eigenen Interessen gebraucht (genauer: verbraucht) hat, zu zahlen hat. Aus den unten angeführten Stellen (l. 10 § 3 D. mand., l. 46 § 3 D. de adm. et per.) ist zu schliessen, dass die ortsüblichen Zinsen gemeint sind. In dieser Stelle tritt die Anwendung des Begriffes des fingirten Einkommens besonders klar zu Tage. Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, die Hyperocha im Interesse des Schuldners nutzbar zu machen, etwa verzinslich anzulegen (quod si eam depositam habuerit, usuras non debet[1]). Daher zahlt er die Zinsen nur dann, wenn er diese percipirt (usurae perceptae) oder wenn er die fragliche Summe selbst benutzt hat („usurae fictae“). Es wird fingirt, dass er durch den Gebrauch der Summe den Vortheil erlangt hat, welchen das Kapital im betreffenden Landestheile gewöhnlich bringt (Marktwerth der Kapitalsbenützung). Es leuchtet ein, dass in diesem Falle von der Erklärung der Zinsenpflicht vom Standpunkt des Interesseersatzes keine Rede sein kann. Denn der Schuldner würde keine Zinsen erlangen, wenn der Gläubiger das Geld müssig liegen liesse. Durch den Gebrauch des Geldes hat der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner nichts entzogen, ihm keinen Schaden verursacht. Die Erklärung der obigen Entscheidung vom Standpunkt der Lehre vom Interesse wäre ebenso verfehlt, als wenn man die Pflicht des Pfandgläubigers in derselben Stelle, die usurae perceptae zu restituiren, als Schadensersatzleistung kon-

---

1) Ueber den Grund dieser Bestimmung und die Bedeutung der depositio pecuniae wird später die Rede sein.

struirte. Der Grund der beiden Arten der Zinsenprästation besteht vielmehr darin, dass der Gläubiger de alieno lucrum sensit. Was den Pfandschuldner anbetrifft, so kann er sich darüber nur freuen, nicht aber vom vermeintlichen Schaden sprechen.

Ebensowenig ist der Entscheidung ein besonderer positiver Ursprung zuzuschreiben. Sie enthält vielmehr nur eine Anwendung der allgemeinen Regel der Zinsen- und Fruchtlehre. Wenn der Pfandgläubiger nach der Befriedigung seiner Schuld nicht eine Summe Geld, sondern etwa ein Pferd dem Pfandschuldner zurückzugeben und dasselbe vor der Abholung durch den Schuldner bei Feldarbeiten gebraucht hätte, so müsste er gleichfalls das fingirte Einkommen prästiren. Nur anstatt des Marktwerthes der Benützung einer Geldsumme würde er in diesem Falle den Marktwerth der Benützung eines Pferdes (den ortsüblichen Miethszins) prästiren.

2. Fideicommissum. Eine besonders interessante Bestätigung des Gesagten enthält die l. 60 §§ 5. 6 D. ad sctum Treb. 36, 1 (von Papinian):

Ante diem fideicommissi cedentem fructus et usurae, quas debitores hereditarii cum postea ac cesset dies solverunt, item mercedes praediorum ab herede perceptae portioni quadrantis imputabuntur. Cum autem post mortem suam rogatus hereditatem restituere res hereditarias distrahere non cogatur heres, sortium, quae de pretiis earum redigi potuerunt, usurae propter usum medii temporis perceptae non videbuntur: denique nec periculum mancipiorum aut urbanorum praediorum praestare cogitur: sed nihilo minus usus et casus eorum quadrantem quoque deminuit.

Bezeichnend ist, dass Papinian nach der Erörterung über die Prästation der fructus percepti (unter diesen auch der usurae perceptae) seitens des Fideicommissschuldners (durch die Einrechnung in die ihm gebührende Quarta) unmittelbar die Erörterung über das fingirte Einkommen anschliesst. Und zwar weist er zunächst den Gedanken ab, dass die fingirten Zinsen aus dem Grunde berechnet werden können, weil der Erbe die erbschaftlichen Sachen gebraucht hat. Von der Anwendung einer solchen Regel hätte der Fideicommissar oft einen grossen Vortheil. Wenn z. B. zur Erbschaft Schmucksachen von hohem Werthe gehören, so könnte der Fideicommissar sagen, dass der Erbe anstatt diese Sachen zu gebrauchen dieselben versilbern und eine Summe Geld benützen konnte, und dass das Einkommen ebenso geschätzt sein muss, als wenn der Erbe eine entsprechende Geldsumme benutzt hätte (propter usum medii temporis usurae perceptae videbuntur). Papinian weist nun die Schätzung der fingirten Zinsen ab, weil der Erbe die Sachen zu veräussern nicht verpflichtet ist. Die Quarta wird also durch den usus rerum, nicht aber durch den usus pecuniae gemindert. Wir können aus der Stelle mit Sicherheit schliessen, dass in dem Falle, wenn der Erbe die Sachen thatsächlich versilbert oder von vornherein mit der Erbschaft Geldsummen erlangt hat, dann die Fiktion: propter usum pecuniarum usurae perceptae videbuntur angewendet wird. Eine entgegengesetzte Regel wäre auch civilpolitisch verkehrt. Wenn der Gebrauch der anderen Sachen (der Marktwerth desselben) geschätzt, der Gebrauch der Geldsummen (z. B. in der Landwirthschaft, im Handelsunternehmen) aber nicht geschätzt wäre, so hätte der Erbe dringende Motive, eine hübsche Spekulation durch die Versilberung der ererbten Sachen zu machen. Dadurch könnte er nämlich die Schätzung des fingirten Einkommens für sich ausser Anwendung bringen und den Gebrauchswerth des ganzen in der Erbschaft steckenden Kapitals lukriren.

3. Mandatum. In der l. 10 § 3 D. mand., deren Theil wir oben (S. 138) angeführt haben, heisst es vom Geschäftsführer:

quod si non exercuit (procurator) pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur.

4. Societas:

Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omni modo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae (l. 1 § 1 D. de usuris 22, 1, vgl. l. 60 pr. D. pro socio 17, 2).

5. Depositum:

„Viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint.“ quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi debere ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est (l. 28 D. dep. 16, 3).

Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur (l. 29 § 1 D. dep.).

Bemerkenswerth in der letzteren Stelle ist der Passus: ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine (d. h. auf Grund des usus alienae pecuniae) praestare cogitur, welcher auf den allgemeinen

Grund der Zinsenpflicht beim Gebrauch des fremden Geldkapitals im eigenen Nutzen hinweist.

In den angeführten Stellen handelt es sich um solche Fälle des depositum, bei welchen der Verwahrer die übernommene Geldsumme auf beliebige Weise, also auch durch die Benützung in eigener Wirthschaft, nutzbar machen darf. Hier wäre die Erklärung der Zinsenpflicht vom Standpunkt des Schadensersatzes oder des Deliktes natürlich falsch. Aber auch in dem Falle, wenn die Benützung der verwahrten Summen ein Delikt ist, muss man die Zinsenpflicht nicht aus der Verantwortlichkeit für die begangene Rechtswidrigkeit, sondern aus allgemeinen Regeln über das fingirte Einkommen erklären.

Si depositi experiris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit (l. 3. C. dep. 4, 34).

Hier wird mit Recht die Verantwortlichkeit für das Delikt und die Prästation des fingirten Einkommens scharf unterschieden. Es ist gleich, ob der das fremde Geld Benutzende ein Delikt begeht oder nicht, ob er Schaden anrichtet oder nicht, er ist auf Grund des usus alienae pecuniae immer zinsenpflichtig.

Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare (l. 4 C. eod.).

Wenn durch den usus ein Delikt begangen ist (furtum), dann kommt für den Deponenten ein Strafanspruch hinzu, was die Natur der Zinsenpflicht gar nicht verändert. Diese Bemerkungen sind wichtig für das Verständniss der folgenden Fälle:

6. Tutela, officium publicum, negotiorum gestio:

Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras praestant, sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse: ceterum non utique qui non faeneravit vel non deposuit, in suos usus vertit, et ita divus Severus decrevit (l. 7 § 4 D. de adm. et per. 26, 7 vgl. § 10 eod., § 12 eod.).

Die Eigenthümlichkeit dieser Regel besteht darin, dass der Vormund, welcher das Mündelgeld im eigenen Interesse gebraucht hat, nicht die landesüblichen Zinsen, d. h. nicht den Marktwerth des Kapitalgebrauches, sondern die höchsten erlaubten Zinsen (12 % nach klassischem, 6 % nach justinianischem Recht) prästirt. Prima facie scheint es unmöglich zu sein, in diesem Falle die

Rückerstattung des fingirten Einkommens wiederzufinden. Die Regel hat vielmehr ein gänzlich „positives“ Aussehen. Indessen erweist sich bei der näheren Analyse, dass auch der Vormund im Falle des Selbstgebrauches der Mündelgelder das fingirte und zwar, wie gewöhnlich, nach dem Marktwerth der Kapitalnutzung bemessene Einkommen prästiren muss. Hier ist dasselbe anzuwenden, was wir über die fingirten Zinsen beim Depositum ausgeführt haben. Der Vormund ebenso wie der Aufbewahrer zahlt auf Grund des usus alienae pecuniae die usurae fictae, unabhängig davon, ob der usus alienae pecuniae im konkreten Falle ein Delikt ist oder nicht. Im Falle des Deliktes kommt aber eine Privatstrafe hinzu. Beim Depositum wird diese Privatstrafe durch die actio furti nach den Regeln dieser Klage geltend gemacht; bei der tutela wird die Privatstrafe durch die actio tutelae geltend gemacht und besteht im Zuschlag zum fingirten Einkommen derjenigen Summe, welche mit der Summe der fingirten Zinsen zusammen die Summe der usurae maximae, legitimae bildet:

Usurae fictae + poena privata = usurae maximae.

Die Richtigkeit dieser Analyse beweisen folgende Stellen:

. . . ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, ut est constitutum a divis principibus . . . nam ille, de quibus constitutum est, cum gratuitam, certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent, licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiciuntur (l. 37 D. de neg. gest. 3, 5).

Diese Stelle bestätigt die Strafbedeutung der usurae maximae im Falle der Veruntreuung der verwalteten öffentlichen oder privaten Summen seitens des Beamten resp. des tutor oder des negotiorum gestor. Die Strafe greift aber nur da Platz, wo die Voraussetzungen des Deliktes vorhanden sind. Es sind viele Fälle der Benützung der anvertrauten Summen denkbar, bei welchen kein Delikt vorliegt. Wenn z. B. der Vormund die Mündelgelder im eigenen Unternehmen gebraucht, weil ihm dies erlaubt wurde (z. B. bei der tutela testamentaria seitens des Vaters des Mündels) oder weil er sich in Folge eines entschuldbaren Irrthums dazu als befugt betrachtet, so liegt wegen des Fehlens der culpa kein Delikt vor. Quid iuris in solchen Fällen? Wenn wir die usurae maximae im ganzen Umfange als eine positive Privatstrafe betrachten, so ist der Vormund von der Zinsenpflicht gänzlich frei. Wenn

dagegen unsere obige Analyse richtig ist, dann bleibt die Prästation der usurae fictae auch beim Wegfall des Deliktes bestehen, nur der erwähnte Strafzusatz zum fingirten Einkommen muss wegfallen. Die Quellen entscheiden in unserem Sinne:

Quaesitum est, an eius pecuniae, qua tutor usus est, post finitam quoque tutelam in diem iudicii accepti easdem usuras (maximas) praestare debeat. Paulus respondit finita administratione eas usuras debere computari, quae in tutelae iudicio computantur (usurae pupillares = landesübliche Zinsen) (l. 46 § 3 D. de adm. et per. 26, 7).

Usuras quoque eius pecuniae, quam pupillarem agitavit, praestare debet heres tutoris. quantas autem et cuius temporis usuras praestare debeat, ex bono ex aequo constitui ab iudice oportet (l. 4 § 2 D. de fid. et nom. 27, 7).

Aus diesen zwei Stellen ist zu schliessen, dass die in usus conversio nur dann die nach kaiserlichen Konstitutionen vorgeschriebene Privatstrafe nach sich zieht, wenn sie während der Ausübung des Vertrauensamtes seitens des tutor selbst geschieht. Wenn die in usus conversio seitens des tutor nach dem Ende der tutela oder seitens seines Erben geschieht, ist der Thatbestand des Deliktes nicht vorhanden und dann treten die allgemeinen Regeln ein; insbesondere bezahlt der Vormund nur die landesüblichen Zinsen. Daraus ist zu schliessen, dass auch die in usus conversio bei der Ausübung des Amtes, insofern der Thatbestand des Deliktes nicht vorliegt, die Prästation der gewöhnlichen usurae fictae begründet. Mit anderen Worten enthalten die usurae maximae eine Privatstrafe, welche mit den usurae fictae kumulirt ist, welche aber bei anderen Umständen auch wegfallen kann.

7. Possessio hereditatis. Aus der l. 20 § 14 D. de H. P. 5, 3 und der l. 62 D. de R. V. 6, 1 und anderen Stellen folgt, dass der m. f. possessor hereditatis, wenn er die in der Erbschaft vorgefundenen Geldsummen benutzt, zinsenpflichtig wird. Es wäre auch civilpolitisch absurd, den Besitzer zwar die usurae perceptae, aber nicht das fingirte Einkommen restituiren zu lassen (vgl. oben S. 141).

In der weiteren Darstellung werden wir noch anderen Anwendungsfällen von Prästationen des fingirten Einkommens begegnen.

§ 14. C. Zinsen als versäumtes Einkommen (usurae percipiendae).

Aus demselben Grunde und nach denselben Regeln wie das versäumte Einkommen (fructus percipiendi) werden auch die usurae percipiendae geschätzt und ersetzt.

So z. B. bezahlt der Verwalter fremden Vermögens (tutor, mandatarius, neg. gestor . . .) die Zinsen, wenn er genügende Sorgfalt auf die Nutzbarmachung der fremden Kapitalien nicht verwendet und dadurch das Einkommen an Zinsen mindert.

Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere (l. 20 § 1 C. de neg. gest. 2, 18).

Si mater tua maior annis constituta negotia quae ad te pertinent gesserit, cum omnem diligentiam praestare debeat, usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest (l. 24 C. de usuris 4, 32).

Die Zinsenpflicht wird also ausdrücklich auf die praestatio diligentiae, auf die culpa zurückgeführt. Wenn kein Mangel an diligentia vorliegt, dann kann diese Art der Zinsenpflicht auch nicht entstehen.

Si pecuniam pupillarem neque idoneis hominibus credere neque in emptionem possessionum convertere potuisti, non ignorabit iudex usuras eius a te exigi non oportere (l. 3 C. de usur. pup. 5, 56).

Was die Höhe der usurae percipiendae anbetrifft, so wird sie gleichfalls nicht positiv fixirt, sondern nach allgemeinen Regeln über die fructus percipiendi in jedem konkreten Fall ermittelt. Dies ist ganz ausdrücklich in den Quellen ausgesprochen:

Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus (l. 18 § 4 D. neg. gest. 3, 5).

. . . si eam pecuniam in se vertisset (tutor), omnium pecuniarum usuras praestandas (fingirtes Einkommen): quod si pecunia mansisset in rationibus pupilli, praestandum, quod bona fide percepisset (usurae perceptae) aut percipere potuisset (versäumtes Einkommen), sed, faenori dare cum potuisset, neglexisset (l. 58 § 1 D. de adm. et per. 26, 7).

Mit dem für die gewinnbare Summe der Zinsen gebrauchten Ausdruck: quod bona fide percipere potuisset — ist es interessant, die l. 32 § 2 D. eod. zu vergleichen:

Modestinus respondit tutorem eorum redituum nomine rationem pupillae reddere debere, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt.

Es wäre ebenso falsch, anzunehmen, dass die versäumten Zinsen den landesüblichen nothwendig gleichen, als zu behaupten, dass die fructus percipiendi überhaupt nach dem ortsüblichen Einkommen geschätzt werden, dass z. B. die fructus percipiendi eines Miethshauses, eines Pferdes immer dem ortsüblichen Miethszins dieser Kapitalien gleichen. Freilich wird der Berechtigte ebenso bei einem Miethshause, wie bei einer Geldsumme sehr oft den ortsüblichen Kapitalzins (Miethszins, Zinsen) als versäumtes Einkommen geltend machen. Da der ortsübliche Kapitalzins eben der Marktwerth der Kapitalnutzung ist, d. h. der gewöhnlichste, verbreitetste Werth derselben, so entgeht durch das Müssigliegen des Kapitals am häufigsten eben dieser ortsübliche Kapitalzins. Es kann aber sehr leicht vorkommen, dass der Marktwerth der Kapitalnutzung und die fructus percipiendi auseinandergehen. Wenn z. B. der negotiorum gestor schuldhafterweise die Gelegenheit unbenutzt lässt, das Haus besser zu vermiethen, die verwaltete Summe besser anzulegen als gegen ortsübliches Entgelt, so betragen die fructus percipiendi mehr als der Marktwerth der Kapitalnutzung. Wenn der Geschäftsherr seine Summen unter dem Marktwerth der Kapitalnutzung ausgeliehen hat, weil ihm diese Art des Gewinnes bequemer war (z. B. wegen der besonderen Sicherheit, wegen der Möglichkeit, die Summe zu jeder Zeit wieder flüssig zu machen etc.), so ist der negotiorum gestor gewöhnlich nur zu dieser Art der Ausbeutung des Kapitals verpflichtet, und die usurae percipiendae sind geringer als die ortsüblichen. Ebenso, wenn der Mandatar auf Grund des ausdrücklichen oder vermuthlichen Willens des Mandanten zur Gewinnung geringerer Zinsen als der ortsüblichen verpflichtet ist. Desgleichen ist zu entscheiden, dass der Vormund nur diejenigen Zinsen als usurae percipiendae leistet, welche von den Sparkassen gezahlt werden, wenn seine neglegentia darin bestand, dass er das Mündelgeld in die Sparkasse nicht eingeliefert hat. Andererseits, wenn der Verwalter einer Summe schuldhafterweise die günstige Gelegenheit, 6 % zu gewinnen, unbenutzt lässt und dieselbe Summe gegen 4 % ausleiht, so betragen die usurae percipiendae 2 % etc. etc.

Aus den angeführten Stellen sowie aus allgemeinen Gründen

folgt, dass auch andere Regeln über das versäumte Einkommen auf die usurae percipiendae anzuwenden sind. Insbesondere: a) Unter den usurae percipiendae ist das reine Einkommen zu verstehen; die Kosten der verzinslichen Anlage, die Steuern etc. kommen in Abzug. b) Unter den usurae percipiendae sind diejenigen Zinsen zu verstehen, welche ein homo honestus gewinnen konnte. Darum kann der Gläubiger nicht die Prästation derjenigen Zinsen fordern, welche unter Ausbeutung des Mitmenschen oder sonst auf eine unanständige Weise gewonnen werden konnten. Dies ist nicht dahin zu verstehen, dass der Verwalter für die Unterlassung eines durch die Gesetze als Wucher verpönten Geschäftes unverantwortlich ist. Denn dies ist selbstverständlich und folgt aus anderen Rechtsgrundsätzen. Die Beschränkung auf usurae honeste percipiendae bezieht sich vielmehr auf das gesetzlich zwar nicht verbotene, aber doch nach den Umständen unsittliche Betragen. c) Bei der Schätzung der usurae percipiendae wird auf die gesammte wirthschaftliche Thätigkeit und ihr Gesammtergebniss gesehen. Die in Betracht kommende culpa kann also nicht nur darin bestehen, dass man eine vorhandene Summe nicht nutzbar macht, sondern auch darin, dass man die Summe nicht angeschafft hat (die fruchtlosen Forderungen nicht eingezogen, die überflüssigen Gegenstände nicht versilbert hat etc.):

Pupillo herede instituto filiae exheredatae duo milia nummorum aureorum legavit eosdemque tutores utrisque dedit: quaesitum est, an ex eo die, quo duo milia potuerunt a substantia hereditatis (separare) et in nomina collocare neglexerint, usurarum nomine pupillae tutelae iudicio teneantur. respondit teneri (l. 58 § 3 D. de adm. et per. 26, 7).

Ein besonderer Fall der Zinsenpflicht auf Grund der unterlassenen Anschaffung der nutzbar zu machenden Summe ist „sibi ipsi non solvere". Wenn nämlich ein Schuldner zugleich als Verwalter (neg. gestor, tutor etc.) des Vermögens seines Gläubigers fungirt und nach der Fälligkeit der Schuld die Summe dem verwalteten Vermögen nicht zuführt, so muss er dem Gläubiger die dadurch entstandene Mindereinnahme an Zinsen vergüten (l. 5 § 14 D. neg. gest. 3, 5: certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur ... et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium). Uebrigens ist in solchen Fällen auch ein anderer Grund für die Zinsenpflicht vorhanden. Der Verwalter kann auch auf fingirtes Einkommen belangt werden. Wenn er

rechtzeitig nicht zahlt, so behält er die in fremdem Interesse zu verwaltende Summe in proprio usu. Hier kann sogar die Frage entstehen, ob er nicht maximae usurae als Strafe für die Veruntreuung bezahlen muss. Zwar hat er nicht das durch kaiserliche Konstitutionen vorgesehene in usus suos convertere, sondern nur das in usu suo retinere begangen, immerhin kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Bestimmung über die usurae maximae auch nicht auf diesen Fall auszudehnen ist. In der That haben die römischen Juristen diese Frage nicht unbeachtet gelassen. Sie wird von Tryphoninus (l. 37 D. de neg. gest.) so formulirt: sed die praeterito (nach der Fälligkeit) si non intulit rationibus creditoris cuius negotia gerebat eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei iudicio praestaturum. sed quas usuras debebit, videamus: utrum eas, quibus aliis idem creditor faenerasset, an et maximas usuras: quoniam ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat . . . in usus suos convertit etc.

Die usurae, quibus aliis idem creditor faenerasset, bilden das versäumte Einkommen. Denn der neg. gestor sollte den rationibus domini die Summe anschaffen und nach der consuetudo seines Geschäftsherrn nutzbar machen. Maximimae usurae sind dagegen usurae fictae + poena wegen der Veruntreuung. Der Jurist entscheidet sachgemäss, dass der erörterte Thatbestand dem durch die kaiserlichen Konstitutionen vorgesehenen nicht entspricht. In der That wäre es eine unrichtige Politik, das a se non exigere mit derselben Strafe zu belegen, als das in usus suos convertere. Die Androhung der usurae maximae hat die civilpolitische Bedeutung, dass sie bei den sittlich schwächeren Verwaltern Motive erzeugt, sich der Veruntreuung fremden Geldes zu enthalten. Sie enthält für den Verwalter den dringenden Rath, wie er während der Verwaltung nicht zu handeln hat und bildet ein Gegengewicht gegen die böse Versuchung. Die Schuld des neg. gestor ist dagegen vor der neg. gestio kontrahirt. Wenn er während der letzteren dieselbe nicht rechtzeitig bezahlt, so geschieht es gewöhnlich nicht aus bösen Motiven, sondern vielleicht aus Gründen, welche schon vor der neg. gestio entstanden (schwierige Vermögenslage). Bei der Kontrahirung der Schuld, z. B. des Darlehens, haben sich die Parteien nicht nach den Regeln über die Verwaltung fremden Vermögens, sondern eben nach denen des Darlehens gerichtet. Insbesondere konnte der Darlehensnehmer nicht berücksichtigen, dass er im Falle der Verzögerung der Rückgabe bestraft werden wird.

Daher verfehlt, wenn er die neg. gestio übernimmt und nur in Folge dieser Gefälligkeit die Strafe erleidet, welche er sonst nicht erlitten hätte, die Strafe ihren Zweck und stiftet Schaden. Sie schafft in solchen Fällen keine Motive gegen die Untreue in der Verwaltung, sondern gegen die Thätigkeit in fremden Interessen, gegen die Gefälligkeit. Dies wäre höchst unangemessen. Mit Recht betont daher Tryphoninus: multum autem refert, incipiat nunc debitum (in usus conversio) an ante nomen fuerit debitoris, quod satis est ex non usurario facere usurarium.

In diesem Zusammenhang ist noch ein besonderer Fall der Konkurrenz der usurae fictae und percipiendae hervorzuheben. Wenn der Verwalter fremden Vermögens nicht zu dem Zweck Geldsummen anschaffen sollte, um dieselben im Interesse des Geschäftsherrn verzinslich anzulegen (faenerare), sondern um dieselben in anderer Weise im Interesse des Geschäftsherrn zu benützen (in usus domini negotiorum convertere), z. B. das Handelsgeschäft zu erweitern, ein Landgut zu kaufen etc., und dies schuldhafterweise unterlassen hat, so ist zu entscheiden, dass auch diese neglegentia ihn zinsenpflichtig macht und zwar, dass er die landesüblichen Zinsen zahlen muss. Die Konstruktion ist: wenn der Verwalter die Anschaffung der zum Ankauf eines Grundstücks bestimmten Summe oder Ausnutzung der vorhandenen Summen zu dem gedachten Zweck versäumt, so ist es zwar unmöglich, genau zu bestimmen, welches Einkommen die Summe eingebracht hätte, wenn sie in Grundstücken angelegt wäre, es wird aber nach den allgemeinen Regeln angenommen, dass der Nutzen des Gebrauches einer Geldsumme dem landesüblichen Einkommen vom Geldkapital gleicht (fingirte Zinsen). Hier werden also usurae fictae als fructus percipiendi prästirt.

Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri: quamquam enim a praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen, si cessent, etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia, nisi si per eos factum non est quo minus compararent (l. 7 § 3 D. de adm. et per. 26, 7 Ulpianus).

Uebrigens ist die theoretische Motivirung dieses richtigen Rechtssatzes ungeschickt gefasst. Man gewinnt den Verdacht, als ob Ulpian diese Zinsen für die seitens des Prätors kraft seiner administrativen Gewalt aufzuerlegende Strafe hält (usuris plectendi). Der Prätor konnte wirklich gegen den Vormund wegen des Ungehorsams eine Disciplinarstrafe verhängen:

Si deponi orporteat pecunias ad praediorum comparationem, si quidem factum est, usurae non current: sin vero factum non est, si quidem nec praeceptum est, ut deponantur, pupillares praestabuntur, si praeceptum est et neglectum, de modo usurarum videndum est. et solent praetores comminari, ut, si non fiat depositio vel quanto tardius fiat, legitimae usurae praestentur: si igitur comminatio intercessit, iudex qui quandoque cognoscat, decretum praetoris sequetur (§ 7 eod.).

Die durch den Prätor auf den Fall des Ungehorsams angedrohten usurae legitimae enthalten wirklich eine Strafe, ebenso wie die von uns oben besprochenen usurae legitimae bei in usus conversio; die landesüblichen Zinsen dagegen, welche in Folge der verspäteten Ansammlung der Geldsumme zum Ankauf der Grundstücke oder in Folge der verspäteten Anlage der schon vorhandenen Summe in Grundstücken zu zahlen sind, bilden nicht mehr als den Ersatz der verschuldeten Mindereinnahme (fructus percipiendi). Ebenso ist zu entscheiden, dass der negotiorum gestor oder der procurator, wenn sie nach den Umständen des Falles eine Geldsumme auf die Anschaffung von nutzbringenden Grundstücken oder sonstigen Kapitalien zu verwenden verpflichtet sind und diese Pflicht versäumen, gleichfalls zinsenpflichtig werden. Der entscheidende Thatbestand (verschuldete Mindereinnahme) ist hier derselbe, wie bei der tutela. Die prätorische Disciplinargewalt bei letzterer ist für die besprochene Zinsenpflicht völlig irrelevant.[1]

1) Vgl. noch l. 3 C. de usur. pup. 5, 56. — Einen ebenso richtigen wie unelegant formulirten Satz spricht Ulpian im § 10 eod. aus. Zu den Fällen, in welchen der Vormund die usurae maximae zahlt, rechnet er folgende:

sed et si, dum negat aliquam quantitatem penes se esse, pupillis ad onera sua expedienda imposuit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi, tenebitur in legitimis. item si a debitoribus legitimas exegit.

Was den letzten Satz anbetrifft, so ist er trivial (weil die usurae perceptae natürlich in der Höhe des erzielten Gewinnes prästirt werden) und zugleich ungenau gefasst (weil der Gewinn an Zinsen in Folge der Kosten der verzinzlichen Anlage geringer als usurae legitimae sein kann, obwohl von den Schuldnern usurae legitimae gezahlt wurden). Der erstere Satz ist insofern selbstverständlich, als der Verwalter nicht nur für die Minderung des Brutto-Gewinnes, sondern auch für die verschuldete Vergrösserung der Kosten verantwortlich ist. Er ist zugleich ungenau, weil er die dort ausgesprochene Zinsenpflicht durch die Hervorhebung irrelevanter Thatbestände unrichtig begrenzt. Der Vormund ist nicht nur dann für die verschuldeten Kosten verantwortlich, wenn er das Vorhandensein einer Summe verheimlicht, sondern auch dann, wenn in Folge anderer von ihm verschuldeter Umstände, z. B. in Folge der versäumten Anschaffung der Summe, die Unkosten herbeigeführt wurden. Auch ist es gleichgültig, ob die Anleihe für die wirthschaftlichen Zwecke im engeren Sinne oder für den Unterhalt der Mündel nöthig war. Ganz unrichtig ist der Schluss des § 10, welcher den Satz ausspricht:

„ex ceteris causis secundum morem provinciae praestabit usuras."

Durch die obige Erörterung haben wir die Bestimmung der usurae percipiendae bei der Verwaltung fremden Vermögens darzustellen versucht. Die gewonnenen allgemeinen Regeln sind aber keineswegs auf die tutela, mandatum, neg. gestio, cura... zu beschränken. Vielmehr sind usurae percipiendae nach denselben Grundsätzen auch bei den Restitutionsansprüchen zu behandeln, welche nicht aus der Verwaltung des fremden Vermögens entstehen. In der l. 47 § 1 D. de minoribus 4, 4 wird erwähnt, dass bei der Rückgängigmachung des Kaufes in Folge der in integrum restitutio der Kaufpreis mit Zinsen zurückzugeben ist:

si decreto praetoris adulescentes in integrum restituti fuerint . . . emptor . . . pretium cum usuris recipere deberet . . .

Ist hier mit der herrschenden Zinsenlehre (welche übrigens diesen Fall der Zinsenprästation, wie viele andere, übersieht) anzunehmen, dass der Kaufpreis mit landesüblichen Zinsen zu erstatten ist? Darauf giebt uns die l. 27 § 1 D. eod. eine unzweideutige Antwort:

venditor (minore in integrum restituto), qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit reddat . . .

Dies ist dieselbe Formel, welche wir in der Lehre vom gewonnenen, fingirten und versäumten Einkommen kennen gelernt haben. Der Preis ist also mit den gewonnenen, fingirten und versäumten Zinsen zurückzugeben, ebenso wie die gekaufte Sache dem in integrum restituirten Verkäufer mit den gewonnenen, fingirten und versäumten Früchten erstattet wird.

In der l. 15 C. de rei vind. 3, 32, wo einem Kontrahenten aus besonderem Grunde gestattet wird, vom Vertrage zurückzutreten, heisst es:

Erit sane in arbitrio tuo pretium quod dedisti cum usuris recipere . . .

Ueber die Rückgabe des Preises im Falle der Eviktion (wenn dies anstatt der Interesseprästation im Voraus verabredet wurde) wird bestimmt:

Evictis agris, si initio convenerit, ut venditor pretium resti-

Man könnte durch die Zusammenstellung dieses Satzes mit den vorhergehenden zum falschen Schluss gelangen, dass auch als usurae perceptae und percipiendae, wenn sie den usurae legitimae nicht gleichen, immer die landesüblichen Zinsen zu berechnen sind.

tueret, usurae quoque post evictionem praestabuntur (l. 18 pr. D. de usuris 22, 1).

Ueber die Rechte des Käufers bei der actio redhibitoria sagt Ulpian:

an et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? et placet consecuturum (l. 29 § 2 D. de aed. ed. 21, 1).

Zwar ist in diesen Entscheidungen nicht näher bestimmt, dass die usurae perceptae und quae percipi potuerunt zu erstatten sind. Allein ebenso unbestimmt lauten unzählige Stellen über die Zinsenpflicht des mandatarius, curator, tutor, neg. gestor, z. B.:

Qui aliena negotia gerit, usuras praestare cogitur eius scilicet pecuniae, quae purgatis necessariis sumptibus superest (l. 30 § 3 D. de neg. gest. 3, 5).

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur (l. 36 § 1 D. eod.).

Warum sollen bei der Rückgabe des Preises im Falle der Eviktion oder der a. redhibitoria andere Regeln gelten, als im Falle der Rückgabe des Preises bei der restitutio in integrum (vgl. l. 23 § 7 D. de aed. ed. 21, 1: Julianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere)?

Der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis ist kein Restitutionsanspruch, und doch werden mit dem pretium auch die usurae prästirt. Wie erklärt sich diese Erscheinung? Der Grundsatz der herrschenden Ordnung der Gütervertheilung: — dem Kapitaleigner das Einkommen von seinem Kapital — vermag eine rechtliche Begründung des Zinsenanspruches des Verkäufers nicht zu liefern; der Verkäufer befindet sich zu der Summe des Preises vor der Leistung in keinem Kapitalverhältniss. Mit einer analogen singulären Erscheinung im röm. Rechte haben wir schon oben (S. 42 fg.) zu thun gehabt. Auch der Käufer hat eine actio ad consequendum id quod eius non fuit und doch hat er den Anspruch auf die Einkünfte vom gekauften Kapitalstück. Sehr naheliegend und einleuchtend scheint folgende einfache Erklärung der Verzinsung des Kaufpreises zu sein: da der Käufer die Früchte von der Kaufsache lukrirt, so wäre es ungerechtfertigt und unbillig, wenn er auch die Einkünfte vom pretium lukrirte; er würde so zu

sagen ein doppeltes Einkommen auf Kosten des Verkäufers gewinnen. Darnach ist also die Zinsenpflicht des Käufers eine billige Konsequenz seines Anspruches auf die Früchte. Da wir den Anspruch des Käufers auf die Früchte schon oben geschichtlich erklärt haben, so ist unsere Aufgabe in Bezug auf die Erklärung der Zinsenprästation erledigt. Wir können uns desto mehr dabei beruhigen, als auch unsere Quellen (und die herrschende Lehre) die Zinsenpflicht des Käufers aus der obigen Billigkeitsrücksicht erklären:

Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium, quanti res venit. item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, a e q u i s s i m u m est eum usuras pretii pendere (l. 13 § 20 D. de a. e. v. 19, 1 von Ulpianus).

Indessen kann diese Erklärung eine genauere Kritik nicht bestehen. Wenn die Ursache der Zinsenpflicht des Käufers darin bestünde, dass er die Früchte von der Kaufsache bekommt, dann müsste diese Zinsenpflicht f ü r d i e Z e i t b e s t e h e n, w ä h r e n d d e r e n d e r K ä u f e r e b e n d i e F r ü c h t e b e k o m m t. Dies trifft aber nicht zu. Denn der Käufer prästirt die Zinsen mit dem Augenblick der Tradition der Kaufsache, während die Früchte ihm seit dem Augenblick des Abschlusses des Kaufkontraktes zufallen. Während der Zeit zwischen dem Abschluss des Vertrages und der Erfüllung desselben seitens des Verkäufers lukrirt also der Käufer das doppelte commodum (Früchte und Zinsen zugleich), welches das röm. Recht angeblich durch seine Regeln beseitigen will. Die Argumentation von Ulpian: (veniunt) usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere — widerlegt sich selbst, indem die Worte „post diem traditionis“ den Fehler, welcher in der nachfolgenden Erklärung steckt, hervorheben. Wir müssen also das Räthsel auf anderem Wege zu lösen versuchen. Eine Andeutung, wo diese Lösung zu suchen ist, enthält die l. 5 C. de a. e. et v. 4, 49:

Curabit praeses provinciae compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, p a r t e m p r e t i i q u a m p e n e s s e h a b e t c u m u s u r i s r e s t i t u e r e.

Prima facie erscheint die Ausdrucksweise dieser Stelle räthselhaft, ja geradezu verkehrt. Darnach ist der Anspruch des Verkäufers auf den Preis ein Restitutionsanspruch, als ob die Preissumme dem Verkäufer schon übereignet und bei dem Käufer nur zum Zweck der Verwahrung oder Verwaltung als ein fremdes Vermögen sich befände.

Aehnlich drückt sich auch Varro (de R. R. 2, 23) aus:

Emptor stipulatur prisca formula sic: — haec sic recte fieri spondesne? cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor potest ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio si non reddit pretium.

Wer würde jetzt sagen, dass der Käufer den Preis „rückerstattet", „zurückgiebt"? Man sagt einfach: „der Käufer zahlt, leistet" den Preis. Die Ausdrücke, „zurückgeben, rückerstatten" gebraucht man jetzt nur in den Fällen, wenn der Preis schon früher dem Verkäufer übereignet und bei dem Käufer als ein ihm schon fremdes Gut einstweilen zurückgelassen ist.

Hier kehrt also dieselbe eigenthümliche Erscheinung wieder, welche wir oben in Bezug auf den Anspruch des Käufers auf die Waare beobachtet haben. Auch auf diesen Anspruch wenden die Römer den unpassenden Ausdruck „restituere" an. Die Inkongruenz der Sprache mit dem Inhalt des bestehenden Rechtes ist in den beiden Fällen auf dieselbe Ursache zurückzuführen. Die Ausdrücke „pretium cum usuris restituere," „pretium reddere" enthalten nur eine geschichtliche Reminiscenz (prisca formula); sie spiegeln den älteren Rechtszustand ab. Der Preisanspruch des Verkäufers muss früher ein wirklicher Restitutionsanspruch gewesen sein. In der That ist er zur Zeit vor der Anerkennung der Wirksamkeit des obligatorischen Kaufkonsensus nur als ein Restitutionsanspruch denkbar. Ohne die reale Leistung des pretium kam überhaupt kein Kauf zu Stande. Wenn also der Verkäufer den Preis nicht sogleich mitnehmen wollte, so blieb ihm nichts übrig, als diesen Preis in Empfang zu nehmen und dem Käufer wieder anzuvertrauen. Nachher forderte der Verkäufer die „restitutio" seines beim Käufer befindlichen Geldkapitals (partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere). Später hat man die Formalität des realen Gebens und Zurückgebens des Preises erlassen, an Stelle der „res" den „consensus" gestellt — und doch traditionell weiter den Ausdruck „restituere" gebraucht, desgleichen den Käufer in der Hinsicht als Verwalter einer aliena pecunia behandelt, dass man ihn „usuras restituere" liess.

Es ist a priori unwahrscheinlich, dass man die beiden Ansprüche aus der emptio-venditio, den Anspruch des Käufers auf die Waare und des Verkäufers auf den Preis, mit einmal zu den Ansprüchen aus dem consensus gemacht hat. Die Rechts-

entwickelung musste sich vielmehr schrittweise bewegen. Ursprünglich wurde für die perfectio einer emptio-venditio der reale Umtausch der Waare gegen den Preis erforderlich (zwei „res", ein zweiseitiger realer Akt). Der erste Schritt zur Anerkennung des consensus bestand darin, dass man für die Perfektion des Kaufes eine res als genügend erklärte; es war nicht mehr nothwendig, dass die beiden Parteien ihre res leisteten; es genügte, wenn eine der Parteien vorleistete; dadurch erwarb sie sich den Anspruch auf die Gegenleistung (einseitig realer Vertrag). Erst später hat man auch diese Formalität beseitigt, so dass nudus consensus genügte (ein rein konsensualer Vertrag). Aehnlich war der Tauschvertrag ursprünglich ein zweiseitiger realer Akt; nach dem Corpus iuris ist es ein einseitiger Realvertrag; nach dem gemeinen Recht genügt der nudus consensus.

Jetzt fragt es sich, welche Partei der Verkäufer oder der Käufer in der Epoche des einseitig realen Kaufkontraktes seine res leisten musste, damit ein perfekter Kaufvertrag entstehe. Die Regeln über die Fruchtpflicht des Verkäufers und die Zinsenpflicht des Käufers geben uns darauf eine deutliche Antwort. Aus der Thatsache, dass nach dem klassischen Recht der Käufer seit dem Augenblick der traditio der Waare die Zinsen prästirt, ergiebt sich der Schluss, dass in einer früheren Epoche der Rechtsentwickelung der perfekte Kauf durch die traditio der Waare zu Stande kam. Seit diesem Augenblick entstand für den Käufer die Verpflichtung, auch seinerseits den Preis zu leisten und zwar pretium, quod penes se habet, cum usuris restituere, obgleich er in Wirklichkeit dieses pretium noch nicht übereignet hatte. Der Verkehr hat sich an diese Regel gewöhnt und das Recht hat sie auch später beibehalten, als man die Perfektion des Kaufes auf einen früheren Zeitpunkt übertragen hat, nämlich auf den Zeitpunkt des vor der traditio geschehenen consensus, d. h. als man auch die Erforderniss der res seitens des Verkäufers beseitigt hat.

So können wir in dem klassischen Kaufrecht gleichsam geologische Schichten aus verschiedenen Epochen unterscheiden. Der Tauschverkehr hat sich in den für seine freie Bewegung wichtigsten Punkten von früheren Fesseln allmählich befreit, ohne die weniger lästigen priscae regulae, an welche er sich durch lange Uebung gewöhnt hat, abzuschütteln.[1]

1) Vgl. Pernice, Labeo I S. 456 fg.

Welche rechtliche Natur haben nach dem röm. Recht die Zinsen, welche der Käufer vom Kaufpreis prästirt? Kann man insbesondere auch hier von den usurae percipiendae sprechen? Nach unserer Meinung, ja. Prima facie wäre das Einfachste und Natürlichste, die Zinsenpflicht des Käufers lediglich vom Standpunkt der Theorie des fingirten Einkommens zu erklären. Der Käufer zahlt die Zinsen, weil er den usus pecuniae (vom geschichtlichen Standpunkt aus — alienae pecuniae) hat, also auf Grund des pecuniam in usu suo retinuisse (vom geschichtlichen Standpunkt aus — in usus suos convertisse). Da nach dem späteren römischen Rechte der Käufer in Wirklichkeit den Preis von seinem Vermögen beim Kaufabschluss nicht absondert und zur besonderen Verwaltung desselben auch nicht verpflichtet ist, so kann man, möchte man meinen, von den usurae percipiendae gar nicht reden. Dass diese Argumentation unzutreffend wäre, zeigt folgende Erwägung:

Wenn es richtig wäre, dass der Käufer die Zinsen nur auf Grund des usus pecuniae zahlt, so müssten wir konsequent annehmen, dass er keine Zinsen zu bezahlen hat, wenn er nachweist, er habe den Kaufpreis aus seinem Vermögen ausgeschieden und unangetastet besonders aufbewahrt (deposuit). Indessen bestimmen dies die Quellen nur für den Fall, wenn der Käufer eine iusta causa depositionis hat, z. B. wenn er zu zahlen bereit war, seinen Gläubiger aber nicht finden konnte.

Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur (l. 18 § 1 D. de usuris 22, 1).

Die ratio dubitandi in dieser Stelle können wir nur dann verstehen, wenn wir annehmen, dass der Käufer auch die usurae percipiendae leistet. Da der Verkäufer verstorben und sein Erbe unbekannt war, so konnte der Käufer den Kaufpreis nicht zahlen. In solchen Fällen werden aus später in einem anderen Zusammenhang zu erörternden Gründen keine fr. percipiendi (also hier keine usurae percipiendae) prästirt (vgl. l. 9 D. s. m.: ne in perpetuum agrum eius colere cogatur). Darum entscheidet der Jurist, dass keine Zinsen zu leisten sind, wenn der Käufer das Geld ausgeschieden und besonders aufbewahrt hat: usurae perceptae und fictae sind begrifflich ausgeschlossen und, da auch die usurae percipiendae nicht zu fordern sind, so ist der Käufer vollständig zinsenfrei. Wenn er die Summe nicht deponirt, so muss er selbstverständlich die Zinsen als fingirtes Einkommen zahlen (in usu retinere). Wir können also daraus schliessen, dass der Käufer die Zinsen auch dann bezahlt, wenn er den Preis ohne besondere iusta causa deponirt und müssig aufbewahrt. Wenn er das Geld selbst nicht gebraucht, so muss er dasselbe im Interesse des Verkäufers verzinslich anlegen, nicht aber müssig aufbewahren.

Einige Quellenstellen sprechen allgemein aus, dass nach dem Prozessbeginn fructus et usurae zu prästiren sind, andere, dass nach dem Prozessbeginn usurae praestantur. Nähere Regeln über die Zinsenpflicht nach dem Prozessbeginn sind in unseren Quellen nicht angegeben. Nur in der l. 34 D. de usuris 22, 1 heisst es:

Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur.

Nach dem oben Gesagten betrachten wir uns zum Schluss berechtigt, dass die Schätzung der Zinsen für die Zeit des Prozesses nach denselben Grundsätzen geschieht, wie die Schätzung anderer Früchte für dieselbe Zeit. Wenn kein Verzug vorliegt, so ist das gewonnene (im Falle der usurarum perceptio), fingirte (im Falle des in usus convertisse resp. retinuisse) und versäumte (im Falle der culpa) Zinseneinkommen zu prästiren. Wenn wir voraussetzen, dass unser Schluss unrichtig ist, dass nach dem Prozessbeginn vielmehr immer die landesüblichen Zinsen, z. B. 5%, zu prästiren sind, so kommen wir zu höchst eigenthümlichen Ergebnissen.

1. Der Beklagte hat thatsächlich während des Prozesses 6 % gewonnen. Nach unserer Voraussetzung verbleibt ihm also 1 % als lucrum, welches desto grösser ist, je länger der Prozess dauert. Dies ist aber vom civilpolitischen Standpunkt entschieden zu verurtheilen, weil dadurch dem Beklagten geradezu der Rath ertheilt wird, alle Regeln der Kunst der Prozessverschleppung auszunutzen. Das Ergebniss widerspricht auch den Quellen. In Bezug auf den procurator, tutor etc. heisst es allgemein, dass sie die vom fremden Gelde gewonnenen Zinsen zurückzuerstatten haben. Es wird nirgends angedeutet, dass für die Prozesszeit eine Ausnahme gilt. Auch der allgemeine quellenmässige Satz, wonach der Prozess keinen Gewinn dem Beklagten bringen soll, spricht dagegen. Es ist also mit Sicherheit anzunehmen, dass die usurae perceptae nach dem Prozessbeginn nach allgemeinen Regeln zu prästiren sind. Dann

können wir aber auf keinen Fall annehmen, dass die nicht gewonnenen und doch zu prästirenden Zinsen nach dem Prozessbeginn immer 5 % betragen. Wenn der Beklagte thatsächlich 3 % gewonnen hat, so können die zu leistenden nicht gewonnenen Zinsen, mögen wir dieselben als usurae percipiendae oder als „gesetzliche Zinsen“ schlechthin bezeichnen, nicht 5 % betragen.

2. Der beklagte Depositar, welcher darum prozessirt, weil die Legitimation des Klägers, als des Deponenten, ihm nicht ohne Grund als zweifelhaft erscheint, hat vom Gegenstand des Prozesses keine Zinsen gewonnen, sondern die streitige Geldsumme unangetastet aufbewahrt (d. h. nach den Regeln des depositum vollkommen pflichtmässig gehandelt). Soll er trotzdem 5 % Zinsen zahlen? Dies wäre vom rechtlichen Standpunkt aus eine vollkommen grundlose Privatstrafe. Vom civilpolitischen Standpunkt aus wäre diese Privatstrafe entschieden zu verurtheilen, weil sie von dem Prozess, wo dieser angerathen erscheint (wir haben vorausgesetzt, dass es sich um den Prozess ohne den Eintritt der mora handelt) abschreckt und zu leichtsinnigen Schritten den Beklagten verleitet. Es ist vielmehr zu entscheiden, dass der Depositar im angeführten Falle keine Zinsen zu prästiren hat, weil weder eine perceptio usurarum, noch eine in usus conversio, noch eine Pflicht zur verzinslichen Anlage vorliegt. Wenn der beklagte Vormund die streitige Summe unangetastet aufbewahrt, während er dieselbe nach den Regeln der diligentia in einer Sparkasse verzinslich anlegen sollte, so ist zu entscheiden, dass er 2 % Zinsen zu prästiren habe, welche die Sparkasse zahlt etc.

§ 15. D. Zinsen als entzogenes Einkommen (Verzugszinsen).

Das Wesen der Verzugszinsen als Schadensersatz für die entzogene oder vorenthaltene Benützung einer Geldsumme ist längst durch die Rechtswissenschaft erkannt. Es ist ganz klar, dass der Schuldner, der eine Summe Geld nicht rechtzeitig leistet, dem Gläubiger deren Früchte für die Zwischenzeit entzieht und darum dieselben ersetzen muss. Man hat auch folgerichtig diese Zinsen zu den gesetzlichen nicht in dem Sinne gerechnet, dass sie auf Grund einer besonderen positiven Rechtsvorschrift prästirt werden; denn sie beruhen auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Darum haben manche ältere Schriftsteller die usurae ex mora den usurae legales entgegengestellt und manche neuere versucht, alle gesetzlichen

Zinsen vom gewonnenen theoretischen Standpunkt aus zu erklären. Nur die Höhe der Verzugszinsen, welche angeblich im römischen Recht immer den landesüblichen glichen, führt man auf besondere positive Regelung zurück: Das römische Recht geht von der Rechtsvermuthung aus, dass der Gläubiger, wenn er die Summe rechtzeitig bekommen hätte, dieselbe gegen ortsübliche Zinsen zu jeder Zeit ausleihen könnte.[1] Diese gesetzliche Annahme sei für den Gläubiger einer Geldsumme darum vortheilhaft, weil er „nicht erst den Beweis zu führen braucht, dass er das geschuldete Geld einstweilen hätte gegen Zinsen austhun können, während er bei anderen Schulden die Leistung und Höhe seines Interesses beweisen muss und zur Führung dieses Beweises auch bei Geldschulden berechtigt und verpflichtet ist, wenn er mehr als die gesetzlichen Zinsen beanspruchen will.“ [2]

Wenn die herrschende Auffassung richtig wäre, so enthielten die römischen Regeln über die Verzugszinsen in der That eine bedeutende Bevorzugung der Gläubiger auf Kosten der Schuldner. Das Erlassen eines Beweises ist nicht nur eine Erleichterung der Prozessführung, wie es prima facie scheinen möchte, sondern auch ein materielles Geschenk an die Gläubiger auf Kosten der Schuldner, welches bei der Masse der Fälle sich auf grosse Summen beläuft. Wenn den Gläubigern der Nachweis des Schadens erlassen ist, so bekommen sie einen solchen unter Umständen ersetzt, ohne ihn erlitten zu haben. Unten werden wir noch besondere Gründe kennen lernen, welche die Annahme der erwähnten „Rechtsfiktion“, „gesetzlichen Annahme“ im römischen Recht als ganz unwahrscheinlich erscheinen lassen.

Die Quellen enthalten auch keine Andeutung über irgend welche Fiktionen oder Vermuthungen zu Gunsten der Gläubiger. Andererseits wäre es auch (ohne das Vorhandensein der gesetzlichen Annahme, dass der Gläubiger die erhaltene Summe sogleich gegen landesübliche Zinsen ausgeliehen hätte) sonderbar, dem Gläubiger zur Begründung seines Zinsenanspruches den Beweis aufzuerlegen, dass er die Summe ausgeliehen hätte. Die Gutsbesitzer, Fabrikanten, Kaufleute und andere Producenten fordern die Rückgabe der geschuldeten Summe gewöhnlich gar nicht zu dem Zweck, um dieselbe sogleich wieder in eine Forderung zu verwandeln. Sie

1) Savigny § 269; Unger S. 120; Randa S. 16 Text und N. 35; Mommsen III S. 252 nennt diese gesetzliche Annahme — Fiktion.

2) Unger eod.

brauchen vielmehr baares Geld als Betriebskapital beim Handel oder Gewerbe; sie müssen Rohstoffe, Werkzeuge, Waaren etc. anschaffen, ihre Lieferanten, Arbeiter, Angestellte bezahlen oder sonstige Verpflichtungen erfüllen. Um ihren Zinsenanspruch zu begründen, brauchen sie vor Gericht die Unwahrheit nicht zu sagen, dass sie das Geld ausgeliehen hätten; sie können vielmehr ruhig anerkennen, dass ihnen durch den Verzug keine occasio faenerandi, wohl aber die Benutzung einer Summe baaren Geldes entgangen ist, und dass sie nichts mehr fordern, als die Vergütung des Marktwerthes der Kapitalnutzung, d. h. die landesüblichen Zinsen. Zur Begründung dieses Anspruches braucht der Gläubiger natürlich keinen besonderen Beweis zu erbringen. Denn bei dem Nachweis des entgangenen Gewinnes handelt es sich darum, zu zeigen, welcher Gewinn bei rechtzeitiger Leistung als der wahrscheinlichste zu betrachten ist. Da die rechtzeitige Leistung in Wirklichkeit ausblieb, so fragt es sich, was geschehen wäre, wenn . . ., d. h. es handelt sich nicht um die thatsächlichen, sondern um die mehr oder weniger wahrscheinlichen Gewinne. Der normale Gewinn von der Kapitalnutzung wird aber durch den Markt in der Gestalt der landesüblichen Zinsen bestimmt. Wenn daher der Gläubiger, welchem die Nutzung einer Geldsumme entzogen ist, dem Richter sagt: ich fordere nicht mehr als die landesüblichen Zinsen, so hat er nur die Höhe dieser letzteren, wenn sie dem Richter nicht bekannt ist, nachzuweisen. Dass aber die landesüblichen Zinsen den wahrscheinlichsten, den durchschnittlichen Nutzen einer Geldsumme bilden, das ist in jedem Gericht factum notorium, weil dies eben das Wesen der landesüblichen Zinsen ausmacht. Wenn freilich der Gläubiger mehr beansprucht, wird der Richter eine besondere Begründung dafür fordern; denn jener macht geltend, dass ihm nicht der normale Nutzen entgangen ist, sondern ein anderer, welcher dem Richter von vornherein nicht als der wahrscheinlichste erscheint. Dass die römischen Juristen die Zinsenpflicht nach dem Verzug nicht auf der meistens nicht zutreffenden Annahme gründeten, dass der Gläubiger das Geld ausgeliehen hätte, sondern vielmehr die Möglichkeit, die erhaltene Summe auf beliebige Weise zu benutzen (z. B. zum Ankauf der Waaren, zur Tilgung der Schulden) als genügenden Grund für die Zinsenpflicht betrachteten, kann leicht nachgewiesen werden. In einigen Stellen wird von vornherein angenommen, dass der Gläubiger bei der rechtzeitigen Zahlung das Geld nicht ausgeliehen, sondern zur Tilgung seiner Verbindlichkeiten oder zu anderen nützlichen Zwecken gebraucht hätte, und es wird erörtert, ob er ausser den gewöhnlichen Zinsen noch anderen Schaden geltend machen kann, z. B. der Gläubiger brauchte das Geld, um eine Schuld zu bezahlen, welche mit einer Konventionalstrafe verbunden war, oder er ist Kaufmann und macht geltend, dass er durch den Gebrauch der Summe im Handelsgewerbe einen höheren Gewinn, als die landesüblichen Zinsen, erzielt hätte. Die Stellen brauchen wir nicht anzuführen, denn die Erörterung derartiger Fragen in unseren Quellen ist allgemein bekannt, nur für das richtige Verständniss der Zinsenlehre nicht ausgenutzt. Man bemerkt nicht den Widerspruch, welcher zwischen solchen Stellen und der herrschenden Begründung der Zinsenpflicht nach dem Verzuge besteht.

Dass die durch die Vorenthaltung des Geldkapitals dem Gläubiger entzogene Möglichkeit, dasselbe auf beliebige Weise zu benutzen, die Pflicht begründet, den Marktwerth der Kapitalnutzung zu ersetzen, ist übrigens, wie wir schon gesehen haben, nichts der Zinsenlehre Eigenthümliches. Ebenso kann ein Landwirth, welcher seine Pferde niemals vermiethet, wohl aber dieselben bei Feldarbeiten gebraucht, beanspruchen, dass der Verkäufer eines Arbeitspferdes nach dem Verzug den nach ortsüblichem Massstab geschätzten Miethszins des Pferdes ihm ersetze, weil ihm der Gebrauch des Pferdes durch den Verzug entgangen ist. Darum sehen wir in der römischen Lehre von Verzugszinsen keine besondere positive Bevorzugung des Gläubigers, sondern vielmehr nur die Anwendung allgemeiner Regeln über die Früchte und im Allgemeinen über den Beweis des entgangenen Gewinnes.

Von diesem Standpunkte aus sind auch folgende Fragen zu lösen:

1. Wenn der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung die Summe ohne Gebrauch verwahren müsste (z. B. als eine unantastbare Kaution, als Pfand, als Depot), darf er den ihm entgangenen Gewinn an Zinsen geltend machen? Nach unserer Theorie muss die Frage verneint werden, einfach aus dem Grunde, weil der Gläubiger durch den Verzug nichts verloren hat. Ebenso, wenn nach den konkreten Umständen des Falles der Gläubiger die Summe nicht auf beliebige Weise in seinen Interessen gebrauchen konnte, sondern dieselbe z. B. in einer Sparkasse niederlegen musste, welche nur 2 % zahlt, so bekommt er nur 2 % als entzogene Zinsen ersetzt.

Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit, tractari solet. plane si materiam istam ideo reliquit, ut ea distracta pecuniaque refecta fideicommissa solverentur aut alimenta praestarentur, non oportere frustrationem impunitam esse responderi oportet: quod si forte ideo reliquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usurae ideoque non exigentur (l. 3 § 4 D. de usuris 22, 1 von Papinianus).

Aus dieser Stelle, mit welcher wir später uns näher zu befassen haben werden, ist ersichtlich:

a) Dass der Gläubiger, um Zinsen zu erlangen, nicht die entgangene occasio faenerandi geltend zu machen braucht; es genügt vielmehr, dass er über das Kapital auf andere Weise frei verfügen, insbesondere seine Schulden bezahlen könnte. Man kann nicht sagen, dass derjenige, welcher sein Vermögen von Schulden befreit, weniger Nutzen vom Kapital hat, als wenn er dasselbe verzinslich austhut; eher im Gegentheil!

b) Wenn aus den Umständen des Falles erhellt, dass der Gläubiger keinen Vermögensvortheil vom Kapital haben konnte (im betreffenden Falle dasselbe in unproduktiven Luxusgegenständen stecken lassen musste), so kann er auch keine Zinsen fordern.

2. Anstatt des ihm entgangenen Gewinnes kann der Gläubiger den Gewinn an Zinsen fordern, welchen der Schuldner gemacht hat (perceptio, usus pecuniae) oder durch eigene Schuld nicht gemacht hat (usurae percipiendae). So ist z. B. zu entscheiden, dass der Erbe vom beklagten malae fidei possessor hereditatis die von diesem nach dem Prozessbeginn gewonnenen Zinsen fordern kann, auch wenn diese höher als die landesüblichen Zinsen sind. Freilich kann der Gläubiger im Falle der l. 3 § 4 D. de usuris cit. weder usurae perceptae, noch fictae, noch percipiendae fordern, weil eben in diesem Falle die Voraussetzungen für alle diese Arten der Zinsenpflicht fehlen. Ebenso geschieht es gewöhnlich bei der actio depositi. Da der Depositar nur zur Aufbewahrung, nicht aber zur Nutzbarmachung der deponirten Summe verpflichtet ist, so leistet er keine usurae percipiendae, und wenn er das Geld unangetastet aufbewahrt, so fehlen auch die Voraussetzungen für die usurae perceptae und fictae. Darum erklärt sich der allgemeine Wortlaut der Stellen, wie:

Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent (l. 2 C. dep. 4, 34)

— ausschliesslich aus dem Standpunkt der dem Gläubiger entgangenen Zinsen.

§ 16. E. Zinsen als geopfertes Einkommen (usurae absentes).

Laut unserer Erörterung über die geopferten Früchte befindet sich die sedes dieser materiae in der Zinsenlehre. Die gewöhnlichste Form einer Verwendung in fremdem Interesse ist eben die Ausgabe einer Geldsumme. Was im praktischen Leben am häufigsten vorkommt, darüber finden wir gewöhnlich in unseren Quellen auch die meisten Entscheidungen. Ferner, da die Lehre von den Verwendungen in fremdem Interesse thatsächlich die grösste praktische Bedeutung bei denjenigen Instituten hat, welche sich speciell auf die Besorgung fremder Interessen beziehen, wie tutela, mandatum, neg. gestio, so befinden sich die meisten Entscheidungen der Quellen über die Zinsen der geopferten Summen im Gebiete dieser Rechtsverhältnisse.

Auch hier lauten einige Entscheidungen ganz unbestimmt. Es wird entschieden, dass mit der verwendeten Summe auch die Zinsen zu restituiren sind; welche Zinsen aber darunter gemeint sind, bleibt ungewiss. Z. B.:

Si meis nummis mandato tuo aliquid tibi comparavero, etsi rem postea accipere nolis, mandati actio mihi adversus te competit. nec etiam tantum quod impensum est, sed et usuras eius consequi possum (Pauli S. II, 15, 2).

Ob negotium alienum gestum sumptuum factorum usuras praestari fides bona suasit (l. 18 C. de neg. gest. 2, 18).

Cum ex causa mandati pro socero tuo te fenebrem pecuniam exsolvisse proponas, curabit praeses provinciae in restituenda pecunia, quam pro eo exsolvisti, nec non etiam usuris eius indemnitati tuae prospicere (l. 9 C. de rem. pign. 8, 25).

Allein es wäre ebenso falsch, aus solchen Stellen mit der gemeinen Lehre den Schluss auf die landesübliche Höhe der geopferten Zinsen zu ziehen, wie bei anderen oben erörterten Arten der „gesetzlichen“ Zinsenpflicht. Die Zinsen von Verwendungen werden ebenso wenig nach einem willkürlich bestimmten Massstab bemessen, wie die versäumten oder entzogenen Zinsen. Sie werden vielmehr in jedem konkreten Falle nach den allgemeinen Regeln über die geopferten Früchte ermittelt. Nicht die landesüblichen Zinsen werden ersetzt, sondern eben diejenigen, welche der Ver-

wendende durch die Verwendung des Kapitals geopfert hat. Diese Zinsen können mehr oder weniger als landesübliche betragen. Thatsächlich werden sie natürlich am häufigsten mit den landesüblichen Zinsen übereinstimmen, weil die letzteren Zinsen eben „landesüblich" sind: wer sich der Benutzung des Kapitals begiebt, verliert nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit gewöhnlich nicht zu grosse und nicht zu geringe, sondern eben landesübliche Zinsen. In vielen konkreten Fällen kann indessen diese Wahrscheinlichkeit nicht zutreffen, weil aus den Umständen ersichtlich ist, dass ein anderer Gewinn als der ortsübliche mehr Chancen für sich hatte.

In den angeführten Stellen wird nur die Zinsenpflicht bestätigt. Man kann nicht bei jeder Entscheidung alle Regeln über die Schätzung der Zinsen wiederholen. Wie die Zinsen der Verwendungen zu schätzen sind, ergiebt sich aus den folgenden klaren und eingehenden Stellen:

Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio reciperando: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero. nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar: usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur (l. 12 § 9 D. mand. 17, 1).

Thatbestand: eine nach den Regeln über den Auftrag gerechtfertigte Verwendung einer Geldsumme seitens des Beauftragten im Interesse des Geschäftsherrn.

Entscheidung über die Schätzung der Zinsen der geopferten Summe: Die Höhe der Zinsen bestimmt sich nicht nach dem thatsächlichen Gewinn des Geschäftsherrn. Dieser kann z. B. durch die Verwendung von den geringeren Zinsen befreit werden oder geringere Zinsen gewinnen, als die nachher dem Beauftragten zu ersetzenden. Dass dieser Grundsatz civilpolitisch nothwendig ist,

weil sonst die Geschäftsführer Motive hätten, die als im fremden Interesse angerathen erscheinenden Verwendungen zu vermeiden, haben wir schon oben angedeutet. Die Höhe der Zinsen bestimmt sich vielmehr lediglich nach der Person des Verwendenden. Es muss ihm durch das Recht versprochen werden, dass er von einer gerechtfertigten Verwendung im Interesse des Geschäftsherrn keinen Schaden erleiden wird. Daher werden ihm nämlich diejenigen Zinsen ersetzt, welche ihm in Folge der Verwendung „absunt". Diese Zinsen können natürlich viel höher sein als die landesüblichen. Wenn diese 4 % betragen, der Geschäftsführer aber eine Forderung zum Zweck der Hilfe seinem Principal einziehen musste, welche ihm 6 % einbrachte (cum uberrimas usuras consequeretur), so sind ihm 6 % zu ersetzen. Ebenso, wenn er sich das nöthige Geld durch ein Darlehen verschafft hat, auf Grund dessen er sehr hohe Zinsen bezahlt. Er hat sein Einkommen durch die zu zahlenden hohen Zinsen gemindert und diese müssen ihm ersetzt werden. In diesen beiden Fällen (Einziehen der zinstragenden Forderung, Anleihe) können die landesüblichen Zinsen dann in Betracht kommen, wenn die eingezogene Forderung oder die eingegangene Schuld zufällig eben landesüblich verzinst wurde.

Der Jurist hat in der angeführten Entscheidung nicht alle möglichen Thatbestände berücksichtigt, welche den Massstab für die Schätzung der Zinsen ergeben. Es fragt sich, wie die Zinsen dann zu schätzen sind, wenn der Verwendende das Geld einfach seiner Kasse entnommen hat. Darüber finden wir eine Entscheidung in der l. 67 § 2 D. pro socio 17, 2:

Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio societatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam pecuniam dedit, non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset.

Die Entscheidung bezieht sich auf die Zinsen der impensa necessaria eines socius im allgemeinen Interesse der Gesellschaft. Wenn der socius das Geld durch ein verzinsliches Darlehen angeschafft hat, so werden ihm die dadurch geopferten Zinsen ersetzt. Wenn er das Geld eigener Kasse entnommen hat, so bekommt er diejenigen Zinsen ersetzt, welche er bei verzinslicher Anlegung gewinnen könnte. Es ist daraus zu schliessen, dass er ohne Weiteres die landesüblichen Zinsen fordern kann. Denn diese bilden begrifflich den wahrscheinlichsten Gewinn. Natürlich kann er aber

dem Richter z. B. nachweisen, dass er ein Anerbieten, das Geld gegen 5 % verzinslich anzulegen, im allgemeinen Interesse zurückgewiesen hat, und dann bekommt er 5 % ersetzt, obgleich die landesüblichen Zinsen weniger betragen. Es fragt sich aber, wie dann zu entscheiden ist, wenn aus den Umständen des Falles erhellt, dass er das Geld gar nicht ausgeliehen, sondern auf sonstige Weise in seinen Interessen, z. B. zum Ankauf eines Landgutes, verwenden würde. Es ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, dass der Verwendende in diesem Falle die landesüblichen Zinsen fordern kann. Er kann dem Richter sagen: „Ich habe die Summe verwendet, welche ich zwar nicht ausgeliehen, wohl aber auf die Vergrösserung meines Gewerbebetriebes verwendet hätte. Auch in diesem Falle ist nach den Wahrscheinlichkeitsregeln anzunehmen, dass mein Kapital mir den gewöhnlichen Nutzen, die landesüblichen Zinsen, gewährt hätte."

Eine allgemeinere und bessere Formel für die Schätzung der geopferten Zinsen, als in der letzteren Stelle, ist in der l. 18 § 4 D. de neg. gest. enthalten:

Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus. contra quoque usuras, quas praestavimus vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus quam in aliena negotia impendimus, servabimus negotiorum gestorum iudicio.

Wenn die Verwendung nicht im vollen Umfange als gerechtfertigt erscheint, so werden die dargestellten Grundsätze natürlich modificirt. Wenn der tutor seine 6 % tragende Forderung einzieht, um die mit 3 % verzinste Schuld des Mündels zu bezahlen, so kann die Verwendung unter Umständen als im vollen Umfange gerechtfertigt, unter Umständen aber nicht als solche erscheinen. Wenn die Bezahlung der Schuld des Mündels nothwendig war, z. B. um den Verzug mit seinen Folgen oder den Pfandverkauf zu vermeiden, so erscheint seine Verwendung als gerechtfertigt und er bekommt 6 % ersetzt. Wenn aber die Schuld nicht drängte, so dass es für den Mündel besser war, seinem Gläubiger 3 % weiter zu zahlen, als dem Vormund 6 % zu ersetzen, so kann das Opfer des Vormundes am Einkommen nur bis zur Höhe von 3 % als gerechtfertigt erscheinen, so dass er in Folge einer solchen unbesonnenen Handlungsweise 3 % verliert und nur 3 % ersetzt bekommt. Diese

Bemerkung wird für das richtige Verständniss der l. 3 § 1 D de contr. tut. act. 27, 4 genügen:

Contrarium (tutelae) iudicium an ad hoc quoque competat, ut quis a pupillo exigat liberationem videndum est. et nemo dixit in hoc agere quem contrario posse, ut tutelae iudicio liberetur, sed tantum d e h i s, q u a e e i p r o p t e r t u t e l a m a b s u n t. consequitur autem pecuniam, si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris, sed v e l t r i e n t i b u s, v e l h i s q u a e i n r e g i o n e o b s e r v a n t u r, v e l h i s q u i b u s m u t u a t u s e s t, s i n e c e s s e h a b u i t m u t u a r i, ut pupillo e x i u s t a c a u s a prorogaret, vel his a quibus pupillum liberavit, v e l q u i b u s c a r u i t t u t o r, si nimium (nimirum) profuit pupillo pecuniam esse exsolutam.

Bei der vollauf gerechtfertigten Verwendung werden also die landesüblichen oder anderen Zinsen „quibus caruit tutor" nach den obigen Grundsätzen ersetzt. Dagegen werden nur die Zinsen „a quibus pupillum liberavit" ersetzt, wenn der Vormund sich einen grösseren Verlust an Zinsen ohne iusta causa zugefügt hat. In demselben Sinne ist die l. 37 D de usuris 22, 1 zu verstehen:

Et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam, quia aut in possessionem mittendus erat bonorum tuorum aut pignora venditurus. quid si domi habens propter eandem causam solvi? puto verum, si liberavi ex magno incommodo, debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum: sed si mutuatus dedi, hae venient usurae, quas ipse pendo, utique si plus tibi praestarim commodi, quam usurae istae colligunt.

Die Bemerkung: „utique si plus tibi praestarim commodi" ist dahin zu verstehen, dass der volle Ersatz der geopferten Zinsen nur dann geschieht, wenn die Verwendung ex iusta causa, bona fide gemacht ist. Uebrigens ist sie ungeschickt gefasst. Aus ihrem Wortlaut könnte man den falschen Schluss ziehen, dass der Geschäftsführer den vollen Ersatz des geopferten Einkommens nicht bekommt, wenn seine Handlungsweise zur Zeit der Verwendung als gerechtfertigt erschien, der Erfolg aber thatsächlich vereitelt wurde, so dass der Geschäftsherr geringeren Nutzen von der Verwendung erlangt, als der Geschäftsführer verloren hat. Man denke z. B. an den Fall, wenn der neg. gestor die Summe, welche ihm gute Zinsen bringt, auf die dringende Reparatur des Hauses

des dominus negotiorum verwendet und das Haus abbrennt. Derselbe Jurist (Ulpian) drückt sich in der oben angeführten l. 12 § 9 D. mand. viel korrekter aus, indem er betont, dass die Höhe des thatsächlichen Gewinnes für den Geschäftsherrn keine Bedeutung hat, wenn nur der Verwendende pflichtgemäss gehandelt hat. Wohin würde dies führen, wenn der Verwendende beim Ersatz der nothwendigen Verwendungen das Risiko des Erfolges auf sich nehmen müsste. Das wäre ja eine Abschreckungspolitik. Auch ist es falsch, wenn Ulpian sagt, dass der Geschäftsführer für die nicht angeliehenen Geldsummen die landesüblichen Zinsen ersetzt bekommt. Dies trifft, wie schon gezeigt, gewöhnlich, aber nicht immer zu.

Ueber die Beschränkungen des Ersatzes vom geopferten Einkommen haben wir übrigens nur zu dem Zweck geredet, um den möglichen Missverständnissen in Folge der beiden letzten Stellen vorzubeugen. Wir brauchen wohl kaum hervorzuheben, dass solche Beschränkungen dem oben aufgestellten Grundsatz, wonach die geopferten Zinsen lediglich vom Standpunkt des Gläubigers (Verwendenden) berechnet werden, in keiner Weise widersprechen.

Ausser dem Gebiete der tutela, societas, mandatum, neg. gestio finden wir keine näheren Bestimmungen über die geopferten Zinsen. Dass der Zinsenersatz bei den Verwendungen keine ausschliessliche Eigenthümlichkeit der genannten Rechtsverhältnisse bildet, folgt übrigens aus der l. 65 D. de R. V. 6, 1. Nach dieser Stelle hat der Besitzer einen Zinsenanspruch gegen den Eigenthümer wegen der auf die Pfand-Befreiung der besessenen Sache verwendeten Summe, d. h. wegen einer impensa necessaria.

Ueber die Höhe der Zinsen ist aber nichts gesagt. Es fragt sich, ob in diesem Falle die allgemeinen Regeln über die geopferten Einkünfte anzuwenden sind und ob wir auch bei denjenigen Rechtsverhältnissen die Zinsenpflicht anzunehmen haben, bei denen wir in den Quellen keine ausdrückliche Erwähnung des Zinsenersatzes vorfinden. Vom Standpunkt der gemeinen Lehre wäre die erstere Frage dahin zu beantworten, dass im Falle der l. 65 D. cit. die landesüblichen Zinsen zu zahlen sind. Die zweite Frage wäre zu verneinen, weil ohne positive Rechtsbestimmung keine Zinsenpflicht anzunehmen sei. Allein wir haben uns schon zur Genüge überzeugt, dass die traditionellen Lehren ebenso in Bezug auf die Fälle,

wie die Höhe der Zinsen unzulänglich sind. In beiderlei Hinsicht sehen wir in der römischen Lehre vom Zinsenersatz die Anwendung der allgemeinen Regeln über den Fruchtersatz. Die allgemeinen Grundsätze sind aber überall auf gleiche Thatbestände anzuwenden, wo keine Ausnahme nachweisbar ist. Dass in der l. 65 D. de R. V. cit. nichts Näheres über die Schätzung der Zinsen gesagt ist, beweist ebensowenig, dass dort andere Regeln als bei der societas etc. platzgreifen, wie diejenigen Stellen, welche in Bezug auf die Verwendungen des neg. gestor sich auf die Bemerkung über die Anwendung der Zinsenpflicht beschränken, die Anwendung der allgemeinen Regeln bei der Schätzung der Zinsen ausschliessen. Die vernünftige Tendenz des Rechtes (Wille des Gesetzgebers) ist in beiden Fällen dieselbe. Wer gerechtfertigte Verwendungen macht, deren Nutzen einem anderen zufällt, soll darum keinen Schaden befürchten müssen. Daher nehmen wir an, dass die Zinsen von den impensae necessariae bei der Eigenthumsklage ebenso berechnet werden, wie bei der neg. gestio, societas etc. Ferner ist für uns kein Grund ersichtlich, warum der Schuldner, welcher nach dem Annahmeverzug auf den geschuldeten Gegenstand Verwendungen macht, keine Zinsen ersetzt bekäme. Wenn er seine wirthschaftlichen Werkzeuge im Interesse des Gläubigers gebraucht, bekommt er den geopferten Kapitalnutzen ersetzt (oben S. 106 fg.). Die ratio legis erfordert, dass er auch die Zinsen von den geopferten Summen ersetzt bekomme. Ebenso wenig können wir einen vernünftigen Grund finden, warum dem Sachbesitzer die Zinsen von dem geopferten Kapital ersetzt werden sollen, dem Erbschaftsbesitzer aber nicht. Vom geschichtlichen Standpunkt, freilich, könnten wir mit Sicherheit nicht behaupten, dass die römischen Juristen die oben dargestellten Grundsätze thatsächlich auf alle analogen Thatbestände angewendet haben. Vielleicht haben sich diese feinen Grundsätze im Gebiete der societas, mandatum etc. ausgebildet, das ganze Gebiet des Civilrechtes aber noch nicht erobert. Als Dogmatiker verlassen wir auch bei einer solchen Annahme unsere Theorie nicht. Denn auf alle Fälle giebt unsere Theorie nur eine analoge Entwickelung der Rechtsgrundsätze, zu welcher die moderne Jurisprudenz berechtigt und verpflichtet ist.

Nach unserer Ansicht sind also die Bestimmungen über die Zinsenpflicht bei dem Ersatz der in vollem Umfange gerechtfertigten Verwendungen überall da anzuwenden, wo keine Ausnahme nachweisbar ist. Darum werden wir die hierher gehörigen Fälle nicht

positiv aufzählen, sondern vielmehr nur eine wichtige Beschränkung des Gebietes der Zinsenpflicht hervorheben:

Die Zinsenpflicht beim Ersatz der Verwendungen ist nämlich dann ausgeschlossen, wenn die Früchte von der bewirthschafteten Sache oder dem Vermögen demjenigen verbleiben, welcher die Verwendung macht. Die einmalige Verwendung an Kapital ist zwar keine impensa in fructus, wohl aber der mit jeder Wirthschaftsperiode wiederkehrende Verlust an Zinsen von diesem Kapital. Dieser wiederkehrende Verlust mindert das Einkommen (vgl. B. I §§ 11. 15). Daher bekommt z. B. der mit dem Universalfideicommiss beschwerte Erbe, da er die Früchte behält, keine Zinsen von den nothwendigen Verwendungen ersetzt:

Hereditario creditori si medii temporis non solvantur usurae, fideicommissarium in his quoque Trebellianum tenebit nec ideo querellae locus erit, quod de fructibus heres, quos iure suo percipiebat, faenus non solverit. quod si faenus heres medii temporis solverit, eo nomine non erit retentio, cum proprium negotium gessit, quippe sortem reddere creditori coactus fideicommissario nihil usurarum medii temporis imputabit (l. 60 § 2 D. ad sctum Treb. 36, 1, die nähere Erklärung vgl. B. I S. 203).

Da der Erbe im eigenen Interesse Früchte von der Erbschaft gewinnt, so bekommt er natürlich keinen Ersatz von Zinsen, welche er den Erbschaftsgläubigern zahlt. Dies sind periodische Verwendungen, welche nach allgemeinen Regeln die Früchte mindern. Darum bekommt er auch keinen Zinsenersatz, wenn er das geschuldete Kapital gezahlt hat, denn die wiederkehrenden Verluste an Zinsen, welche er sonst von diesem Kapital gewinnen könnte, sind gleichfalls impensae in fructus.

Diese Entscheidung Papinians spricht nicht nur die von uns aufgestellte Beschränkung des Ersatzes von geopferten Zinsen aus, sondern sie bestätigt zugleich den Schluss, dass, wenn der Verwendende die Früchte einem anderen restituiren muss, die allgemeine Regel über die geopferten Zinsen Geltung gewinnt. Wir können aus der Stelle schliessen, dass auch der beschwerte Erbe die geopferten Zinsen ersetzt bekommt, wenn er auf Grund der Bestimmung des Erblassers die Früchte dem Fideicommissar zurückgeben muss.

---

§ 17. Singuläre Erscheinungen (Privatstrafen und Privilegien) im Gebiete der Zinsen.

In Folge der üblichen Berechnung der Zinsen nach Procenten des Kapitals bilden dieselben ein besonders bequemes Mittel für Straf- und Privilegienbestimmungen. Bei anderen Einkünften kann man nur duplum, triplum, quadruplum u. s. w. bestimmen, wenn man Bruchtheile (ein wenig anschauliches Ding) vermeiden will. Das römische Recht kennt einige Strafen und Privilegien, welche sich ausschliesslich auf die Zinsen beziehen. (Bei dem quadruplum, duplum etc. der Summe quanti interest wird natürlich die Summe der Zinsen ebenso verdoppelt . . ., wie die Summe des Kapitals und anderer Einkünfte.)

I. Strafen: 1. Usurae ex mora + poena. Die wichtigste Strafe im Gebiete der Zinsen enthielten die sog. Judikatszinsen. Ein sehr interessantes Zeugniss darüber enthält die l. 1 Cod. Theod. de us. rei iud. 4, 19:

Qui post iudicii finem, exceptis duobus mensibus [quibus per legis solutionem nonnumquam est concessa dilatio], moram afferent solutioni, a die patrati iudicii, quo obnoxii redditi sunt, in duplicium centesimarum convenientur usuras . . . Quod a nobis exemplo aequabili ex iuris prisci est formulis introductum, ut quia malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, aeque malae fidei debitores, simile damni periculum persequantur.

Es wird also die Erscheinung berücksichtigt, dass das Urtheil oft den Beklagten unvorbereitet trifft, so dass ihm eine angemessene Frist für die Verschaffung der Summe ohne plötzliche und gewaltsame Erschütterung seiner Wirthschaft oder Anrufung der Hilfe der Wucherer gewährt werden soll; andererseits aber sorgt man

für die Schaffung eines starken psychologischen Druckes (damni periculum) für den Schuldner, die Frist nach dem Sinne des Gesetzes zur Verschaffung und Zahlung der Kondemnationssumme nach Kräften zu benutzen. — Vom juristisch technischen Standpunkt sind die im Gesetze bestimmten usurae rei iudicatae als usurae ex mora + poena zu analysiren. Während der ersten zwei Monate nach dem Urtheil wird die Anhäufung der Verzugszinsen gesetzlich sistirt, damit die wirthschaftliche und rechtliche Lage des Schuldners sich nicht weiter complicire und das im Falle der Nichterfüllung drohende Uebel auf ihn desto grösseren Eindruck mache (ein nicht ungeschickter psychologischer Kunstgriff). Die angedrohten Zinsen sind sehr hoch: 24 %. Wenn der Schuldner leichtsinnig und sorglos ist und sein dringendes Interesse, für die Erfüllung zu sorgen, nicht wahrnimmt, können daraus grosse Missstände entspringen. Der vernünftige Zweck des Gesetzes ist vereitelt, nur das Uebel bleibt übrig. Die Wirthschaft des Schuldners wird einer Wucheroperation unterworfen, und die ökonomische Zerstörung ist die Folge davon. Darum ist jedenfalls vom civilpolitischen Standpunkt folgende weitere Bestimmung des Gesetzes zu billigen:

„Sed tamen creditor ternis interiectis mensibus post sententiam contestari moram debebit adhibitae tarditatis, ut ei duplicium fructus possit acquiri."

Ein eigennütziger Gläubiger könnte auf den hohen Gewinn und den Leichtsinn des Schuldners spekuliren, absichtlich von der Oberfläche verschwinden, die Aufmerksamkeit des Schuldners einschläfern und erst später mit einer ungeheuren Rechnung auftauchen. Solche narkotische Mittel gebrauchen bekanntlich die Wucherer. Diese Möglichkeit schneidet das Gesetz ab, indem es eine periodische formelle Mahnung des Schuldners vor den Zeugen dem Gläubiger auferlegt. Jedenfalls ist das Gesetz vom socialen Standpunkt als eine übertriebene Grausamkeit zu bezeichnen. Anstandshalber hat man sich auf die Analogie der duplio fructus der XII Tafeln berufen (ex iuris prisci est formulis introductum). — Justinian hat die Lage der Schuldner dahin verbessert, dass er die Verdoppelung der centesimae beseitigt hat (centesimas usuras exigi praecipimus: nec priscis legibus, quae duas centesimas eis inferebant ... locum habentibus),[1] wobei dagegen die Gnadenfrist der 2 Monate verdoppelt wird (ultra quattuor menses a die condemnationis). Das Einführungsgesetz zur C.P.O. Abs. 2 § 14 hat das Gesetz von Justinian aufgehoben, so dass jetzt nach dem Urtheil gewöhnliche Verzugszinsen laufen. Diese Regelung scheint uns hauptsächlich darum ein Fortschritt zu sein, weil der Schuldner nach dem justinianischen Rechte die Frist der 4 Monate auszubeuten Motive hatte, um die Zinsen zu lukriren.

1) L. 2 C. de us. r. iud. 7, 54.

Eine andere Frage ist es, ob das Ideal der Civilprozessordnung, den Schuldner dem Gläubiger so schnell und plötzlich auszuliefern, wie nur möglich, zu billigen ist, ob man bei der Regelung der einstweiligen Verfügungen und dgl. in der Besorgung der Gläubigerinteressen nicht zu viel des Guten gethan hat.

2. Usurae fictae + poena. Den Strafzusatz zu den fingirten Zinsen bis zur Höhe der usurae maximae im Falle der Veruntreuung der verwalteten Summen seitens des Vormundes, Geschäftsführers oder eines öffentlichen Beamten haben wir schon oben kennen gelernt.

3. Usurae percipiendae + poena. Ebenso haben wir schon erwähnt, dass bei der tutela ein Strafzusatz gleicher Höhe mit den usurae percipiendae auf Grund des androhenden decretum praetoris im Falle des Ungehorsams des Vormundes verbunden werden konnte. Auch wegen anderer Vergehen des Vormundes konnte der Prätor legitimas irrogare oder eine Disciplinarstrafe anderer Art verhängen (l. 7 § 8 D. de adm. et per. : et hoc persequi oportere iudicem palam est cum et alia poenae adiectione).

4. Usurae absentes + poena. Einen Strafzusatz zu den geopferten Zinsen enthält die l. 4 C. de aedificiis privatis 8, 10. Nach einer oratio divi Marci (vgl. l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2) muss nämlich der Miteigenthümer eines Hauses, welcher den Beitrag zur nothwendigen Reparatur desselben verweigert (ad refectionem eius sumptus conferre detractat), dem anderen Miteigenthümer, welcher die Reparatur auf eigene Kosten besorgt, anstatt der gewöhnlichen geopferten Zinsen 12 % zahlen; wenn er den entsprechenden Theil der Summe mit diesen Zinsen binnen 4 Monaten nicht ersetzt, so trifft ihn eine noch härtere Strafe, nämlich die Verwirkung seines Miteigenthumsrechts. Die civil- oder genauer baupolitische Tendenz dieser Bestimmung ist: ne ruinis publicus deformetur adspectus. Zu diesem Zweck wird für den einen socius ein psychologischer Zwang geschaffen, sich der Reparatur auf gemeinsame Kosten nicht zu widersetzen und für den anderen ein Motiv —, die Reparatur im Falle des Widerstandes

der Miteigenthümer auf eigene Kosten zu bewirken (doppelseitige Motivation).[1]

II. Privilegien. Als Privilegien im Gebiete der Zinsenprästationen sind folgende Bestimmungen zu bezeichnen: a) dem Fiskus wurden 6 % seit der Fälligkeit der Forderung zugesprochen und zwar auch dann, wenn der Schuldner vor dem Uebergang der Forderung an den Fiskus geringere oder gar keine Zinsen gezahlt hat. Andererseits: fiscus ex suis contractibus usuras non dat...

1) Uebrigens finden wir in dem Titel Cod. de aedificiis privatis viele andere noch radikalere Bestimmungen, welche denselben baupolizeilichen Zweck verfolgen. Die ll. 2. 6. 7. 8 und andere zeigen uns unter Anderem, welch ein pro bono publico beschränktes Recht das Eigenthum an städtischen Grundstücken in Rom war. Zur Lehre von den Zinsen mag noch hervorgehoben werden, dass der Eigenthümer zur Reparatur seiner domus diruta neglectaque gezwungen werden konnte (l. 8 § 1 eod.); ausserdem konnte die Gemeinde auf öffentliche Kosten das Haus selbst wiederherstellen und das verwendete Kapital mit gewöhnlichen geopferten Zinsen zurückverlangen:

Ad curatoris rei publicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis exstruantur. Domum sumptu publico exstructam, si dominus ad tempus pecuniam impensam cum usuris restituere noluerit, iure eam res publica distrahit (l. 46 D. de damno inf. 39, 2).

Es ist ein eigenthümlicher Zufall, dass ich am Tage der Abfassung der obigen Bemerkungen folgende Notiz in einer Berliner Zeitung gefunden habe: „Aus unseren Vororten. Unsere Nachbarstadt Köpenick hat gewissermassen einen Pfahl im Fleisch, welchen sie natürlich gern lösen möchte. Der Kietz, der Sitz der Fischer-Innung, ist nämlich ein selbständiges Dorf, trotzdem dasselbe von Köpenick völlig umschlossen ist. Dies bringt in der Verwaltungs-Praxis eine Menge Unbequemlichkeiten mit sich, und Köpenick möchte den Kietz gern einverleiben. Die Kietzer aber wollen nicht; sie fürchten für ihre Fischerei-Gerechtsamkeiten. Köpenick kämpft überhaupt mit ganz absonderlichen Schwierigkeiten. Dass die Eisenbahn so weit von der Stadt vorbeigeht, dass eine Pferdebahn die Verbindung vermitteln muss, soll die Schuld der Stadt sein. Anders steht es mit der schwachen Bebauung zwischen Stadt und Bahnhof. Köpenick ist, wie bekannt, ein bedeutender Industrieort; man braucht nur an die Färberei von Spindler, an die chemische Fabrik, die Glashütte, die Tapetenfabrik und die Fabrik elektrischer Apparate zu erinnern. Diese Fabriken beschäftigen Tausende von Arbeitern; aber gerade kleine Wohnungen sind in Köpenick knapp. Und das liegt daran, weil fast das ganze Terrain nach der Bahn zu in zwei Händen ist. Der eine Besitzer ist todt; seine Erben hat er dahin beschränkt, dass sie 25 Jahre lang nichts veräussern dürfen. Dieselben wollen das Testament anfechten, ob mit Erfolg, steht dahin. Der andere Besitzer will nur Villenbauten gestatten, und dazu ist Köpenick nicht der Ort. So liegen denn nach dem Bahnhof zu weite Strecken brach... Der Bahnhof Spindlersfeld hat auch nach der Seite auf Nieder-Schönweide zu Ansätze zu einer kräftigeren Besiedelung gezeitigt. Aber auch hier ist ein merkwürdiges Hinderniss noch nicht endgiltig erledigt. Die Domaine Köpenick wurde 1812 zur Tilgung der Kriegsschulden verkauft und im Jahre 1821 vollständig zerstückelt, die eine Hälfte in 198 Theile bis zu vier Quadratruthen hinab. Die Erwerber waren Berliner aller Stände; der Zweck war, einen Grundbesitz nachzuweisen, um vor dem Schuldgefängniss sicher zu sein. Die Besitzer sind todt oder verschollen, die Erben meist unauffindbar. Ehe aber die gesetzmässige Frist nicht verstrichen ist, kann an diese winzigen Parzellen, welche eine Bebauung hindern, nicht gerührt werden."

cum autem in loco privati successit etiam dare solet[1]; b) die Minderjährigen können die Interessezinsen seit dem Tage der Fälligkeit ihrer Forderungen verlangen. Ihr Privilegium besteht also darin, dass die Interpellation für die Begründung ihres Zinsenanspruches nicht gefordert wird.[2] Uebrigens wird es bestritten, ob zu Gunsten der Minderjährigen nicht die mora mit allen ihren Folgen ohne Interpellation anzunehmen sei;[3] c) nach der l. un. § 7 b C. de rei ux. act. 5, 13 von Justinian muss der Ehemann 4 % von dem Werth der Dos (ausgenommen der Grundstücke) zahlen, wenn er die Dotalforderung der Frau binnen eines Jahres nach Auflösung der Ehe nicht befriedigt. Desgleichen, wer die versprochene Dos zwei Jahre nach Schliessung der Ehe dem Ehemann nicht leistet, muss seit dieser Zeit von den Geldsummen oder dem Schätzungswerth der res aestimatae 4 % zahlen (vgl. oben § 9 S. 120); d) nach der Nov. 131 c. 12 sollen die Zinsen (ebenso wie andere Früchte) bei einem legatum ad pias causas seit dem Tode des Erblassers prästirt werden, wenn der Beschwerte nicht binnen 6 Monaten nach Bekanntmachung des Testaments freiwillig erfüllt;[4] e) singulär ist auch die Bestimmung der l. 12 § 1 C. de pet. her. 3, 31, wo für einen besonderen Fall die Zahlung von 3 % vorgeschrieben ist.[5]

1) l. 17 §§ 5. 6 D. de usuris 22, 1, vgl. übrigens auch l. 16 § 1 eod., l. 6 D. de iure fisci 49, 14. Von fiskalischen Geldstrafen werden keine Verzugszinsen gezahlt (l. 1 C. de usur. fisc. 10, 8). Vgl. Madai, Mora S. 162 fg.; Mommsen, Beiträge 3 S. 127; Windscheid II § 278 N. 13, § 280 N. 11.

2) l. 87 § 1 D. de leg. 31; l. 26 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5; l. 3 § 2 D. adim. leg. 34, 4; l. 3 C. in quibus caus. 2, 40; l. 5 C. de act. empti 4, 49; vgl. Dernburg II § 41 N. 7; Mommsen, 3 § 12.

3) Dafür Windscheid II § 278 N. 11.

4) Salkowski in der Forts. von Glück's Kommentar B. 49 S. 474 fg.; Windscheid III § 647 N. 16.

5) Vgl. noch l. 17 § 8 D. de usuris 22, 1; Nov. 22 cap. 44 § 4.

§ 18. Römische Kreditverhältnisse und ihr Einfluss auf die Zinsenlehre.

Wenn wir die Meinungen der modernen Juristen über die Zinsen als Früchte hören, bemerken wir eine höchst eigenthümliche Erscheinung. Man äussert darüber sehr widersprechende Meinungen, je nachdem man das eine oder das andere Gebiet des Civilrechtes bearbeitet.

Diejenigen Juristen, welche über die Zinsen vom Standpunkt der Interesseprästation geschrieben haben, sind zu der Meinung gekommen, dass die Zinsen Früchte seien und dass ihre Prästation darauf beruhe, dass man eine Geldsumme in jedem Augenblick verzinslich anlegen und in dieser Weise landesübliche Zinsen gewinnen könne. Diese Begründung unter dem Namen „Erfahrungsregel“, „gesetzliche Annahme“ oder „Rechtsvermuthung“ ist seit Savigny in der Lehre von den Verzugszinsen traditionell geworden. Dabei wird gewöhnlich die l. 34 D. de usuris angeführt, wo es heisst:

Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur (Ulpianus).

Im entgegengesetzten Sinne entscheiden diejenigen, welche Abhandlungen über die Parömie: commodum eius esse debet, cuius est periculum geschrieben haben. So ist Ihering[1] sehr weit davon entfernt, die Zinsen als eine Frucht der Geldsumme anzusehen. Er rechnet dieselben nicht nur nicht zu den Früchten, sondern sogar überhaupt nicht zum lucrum ex re. Die Zinsen seien nur ein

1) Ihering, Abhandlungen S. 60 fg.

lucrum per occasionem rei, propter negotiationem perceptum. Sie gebühren daher nicht demjenigen, welchem das Kapital gehört, denn diesem gebührt nur dasjenige, was ein wirkliches lucrum rei bilde. Die Zinsen gebühren vielmehr demjenigen, welcher eben die negotiatio in seinem Interesse unternommen habe. Es gebe eine Ausnahme im Gebiete der hereditatis petitio, wonach der Besitzer die gewonnenen Zinsen herausgeben müsse. Diese Ausnahme erkläre sich aber durch den besonderen Grundsatz der her. pet.: omne lucrum tam bonae fidei possessori, quam praedoni auferendum esse.[1]

Der allgemeine Grundsatz, welcher für die Zinsen gelte, sei in der l. 121 D. de V. S. 50, 16 ausgedrückt, wonach:

Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione (Pomponius).

Ebensowenig rechnet Mommsen[2] die Zinsen zu den Früchten. Der Grund besteht nach seiner Ansicht darin, dass dieser Gewinn nicht von der Sache gleichsam angeboten werde, sondern aus einer negotiatio über die Sache entstehe. Wenn die negotiatio im fremden Interesse geschehe (neg. gestio, mandatum ...), sollen die gewonnenen Zinsen herausgegeben werden; wo dieser Gesichtspunkt nicht zutreffe und kein besonderer Verpflichtungsgrund vorliege, bleiben die Zinsen demjenigen, welcher die negotiatio unternommen habe. Die Regeln der her. petitio erklären sich einfach dadurch, dass der b. f. possessor die ganze Bereicherung herausgeben müsse, der m. f. possessor aber nicht besser gestellt sein solle.

Eine entgegengesetzte Meinung spricht derselbe Schriftsteller aus, sobald er sich im Gebiete der Lehre über die Verzugszinsen befindet.[3] Hier erkennt er die Savigny'sche Begründung der Zinsenpflicht vollkommen an, betrachtet die Zinsen als einen sicheren Gewinn vom Gelde, rechnet die Zinsen zu den Früchten und stützt sich auf den Ausspruch: „Usurae vicem fructuum obtinent.“

1) Die Meinung, wonach der Erbschaftsbesitzer nicht nur das lucrum ex re (ex hereditate), sondern auch das lucrum per occasionem rei herausgeben muss, ist unrichtig (auf diesen Punkt kommen wir später zurück). Dass die ganze Ihering-Mommsen'sche Theorie über das lucrum ex re unrichtig ist, kann man aus der Vergleichung unserer Ausführungen über das lucrum ex servo (B. I § 5) mit den Grundsätzen und Konsequenzen dieser Theorie ersehen.

2) Mommsen, Erörterungen, Heft 1 S. 61 fg.; S. 124 fg.; S. 8 fg.

3) Mommsen, Beiträge 3, S. 236.

Aehnlichen Widersprüchen begegnen wir in den Pandektenlehrbüchern. So bezeichnet Windscheid einerseits die Zinsen als Früchte[1] (obgleich nicht als Früchte im eigentlichen Sinne), andererseits aber spricht er bei der Erörterung über die erwähnte Parömie die Zinsen nicht demjenigen zu, welchem die Früchte gebühren, sondern demjenigen, welcher die Gefahr der Ausleihung trägt.[2] Diesen Satz betrachtet er als eine Anwendung der allgemeinen Regel, wonach demjenigen, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, auch der durch dieses Ereigniss verursachte Gewinn gebühre. Damit ist aber die grundverschiedene Natur der Zinsen und der Früchte ausgesprochen. Die Gewinnung anderer Früchte wird nicht als ein gefahrvolles Ereigniss oder Unternehmen aufgefasst, dessen Gewinn demjenigen gebührt, welcher es auf seine Gefahr unternommen hat. Ueber die Früchte spricht auch Windscheid keine derartige Regel aus. Als Parallele zur Regel über die Gefahr der Ausleihung führt er die Regeln über die Folgen des Unterganges der Sache durch ein Delikt eines Anderen oder durch einen Zufall an.

Derartige widerspruchsvolle Aeusserungen über die Natur und die Behandlung der Zinsen kommen sogar bei den Erörterungen über diese Materie in einem und demselben Abschnitt der Darstellung vor. Ist es nicht ein Widerspruch, wenn z. B. Windscheid im B. II § 259 N. 1 die Zinsen als Früchte bezeichnet und in demselben § die von der Fruchtlehre grundverschiedene gemeine Lehre über die „gesetzlichen und vertragsmässigen Zinsen" darstellt.

Ebenso ersehen wir aus den §§ 77 k, 77 m des Entwurfes II, dass die Zinsen zu den Früchten gehören, und erwarten darnach, dass die Zinsen dem Rechte der Früchte unterworfen sind; aus anderen Theilen des Entwurfes erfahren wir dagegen, dass die Zinspflicht gar nicht da eintritt, wo die Fruchtprästation stattfindet, sondern vielmehr nur in den — seltenen — durch das Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen. Desgleichen erfahren wir weiter, dass die Summe der zu leistenden Zinsen nicht nach den Regeln über die Früchte bestimmt wird, sondern vielmehr immer 5 % gleicht.

Was endlich die gemeinrechtlichen Monographien über die Früchte anbetrifft, so wird die Frage über die Fruchtnatur der

1) Windscheid I § 144 N. 10 und 11.
2) Windscheid II § 327 N. 12.

Zinsen meistens sehr einfach entschieden. Dort heisst es gewöhnlich, dass die Zinsen begrifflich keine Früchte sein können, weil sie nicht aus dem Körper einer Sache entstehen. Man stützt sich dabei gleichfalls auf die l. 121 D. de V. S., insbesondere auf die Begründung: „quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione".[1]

Wie ist es vom Standpunkt unserer Einkommenstheorie zu entscheiden? Darnach bildet das Einkommen den normalen Konsumptionsfond eines guten Wirthes. Als solcher können aber nur die der periodischen Wiederkehr fähigen Einnahmen erscheinen. Bei dem Einkommen vom Kapital (fructus) gehört noch dazu, dass die Einnahmen nicht durch unwirthschaftliche Antastung des Stammvermögens gewonnen werden; denn die auf solche Weise gewonnenen Einnahmen sind der Wiederkehr unfähig. Der gute Wirth, welcher für die regelmässige Befriedigung seiner Bedürfnisse in der Zukunft sorgt, sucht das Stammvermögen nicht zu gefährden, weil sonst die Wiederkehr seines Lebensfonds gefährdet wird.

Vom Standpunkt dieses Einkommensbegriffes sind die Zinsen fructus, ja sie verwirklichen die Merkmale (Postulate, Verhaltungsregeln, vgl. B. I § 3) des Einkommensbegriffes so vollkommen, wie keine andere Art von Früchten. Man kann nicht so sicher, so regelmässig und so für das Kapital gefahrlos Einkünfte von einer Fabrik, von einem Theater, von einem Miethshause, von einem Landgute gewinnen, wie von einer Geldsumme. Diese vermag man jeden Augenblick bei einer soliden Kreditanstalt, z. B. bei einer Staats- oder Gemeindebank, verzinslich anzulegen und die Zinsen in vollkommen regelmässigen Perioden, z. B. am ersten Januar jedes Jahres, pünktlich bekommen. Das Kapital verbleibt immer auf derselben Höhe und ist keiner Gefährdung unterworfen; es ist zwar nicht absolut ausgeschlossen, dass der Staat oder die Gemeinde insolvent werden kann, allein eine solche Möglichkeit hat so wenig Chancen für sich, dass sie im praktischen Leben gewöhnlich ausser Betracht bleibt. Da die Regelmässigkeit und die Sicherheit des Einkommensgewinnes und der Erhaltung des Kapitals bei einer Fabrik, einem Landgute, einem Miethshause etc. durch viele zufällige Einwirkungen gestört wird, so leben die Eigner dieser

1) Gegen die Hinzurechnung der Zinsen (auch der Miethszinsen) zu den Früchten hat sich neuerdings auch Regelsberger Pand. § 103 sub V ausgesprochen.

Kapitalien niemals so wirthschaftlich ruhig und sicher, wie diejenigen, welche von einer auf solide Weise verzinslich angelegten Summe Einkommen ziehen.

Dies alles weiss Jedermann aus eigener Lebenserfahrung oder Beobachtung, Jedermann wird darum zugeben müssen, dass die Zinsen, die Richtigkeit unseres Fruchtbegriffes vorausgesetzt, als die vollkommste Art der Früchte erscheinen.

Nur darf man nicht behaupten, dass dieses vollkommene Fruchtverhältniss der Zinsen begrifflich nothwendig und allgemein gültig ist. Derartige allgemeingültige Sätze könnte man aus der herrschenden Fruchttheorie, nicht aber aus unserem Fruchtbegriffe deduciren. Ein Kalb ist ein organisches Erzeugniss einer Kuh und darum bleibt es nach der Theorie der organischen Erzeugnisse begrifflich überall Frucht, nicht nur für alle Zeiten und Länder, sondern sogar dann oder da, wo keine Menschen existiren. Viel bescheidenere Ansprüche auf Allgemeingültigkeit macht unser Einkommensbegriff. Da dieser Begriff sich nicht auf die objektive Natur, sondern auf den Menschen, seine Sorge für die Zukunft und die sich daraus mit den Fortschritten der Kultur allmählich entwickelnden Verhaltungsregeln bezieht, so hängt seine Bedeutung nicht nur davon ab, dass Menschen vorhanden sind mit genügender wirthschaftlicher Einsicht, um das Einkommen vom Stammvermögen überhaupt zu scheiden, dass die Unterscheidung, welche zunächst nur für einige Arten der Güter ausgebildet wird, auch auf die uns interessirende Art der Güter ausgedehnt werde etc., sondern auch davon, wie bei den vorausgesetzten Wirthschaftsverhältnissen die fragliche Art der Güter gewonnen wird. Die Schenkungen hat das römische Recht immer zu den Kapitalgewinnen gerechnet. Jetzt werden gewisse Arten derselben, wie Trinkgelder, Gratifikationen, periodisch gewonnen und sind Einkommen. Der Gewinn in einem Glücksspiel kann bald als persönlicher Glücksgewinn, bald als Einkommen vom Kapital erscheinen. Eine bedeutende Spielbank, welche mit sehr zahlreicher Kundschaft zu thun hat, gewinnt durch das Spiel ein regelmässiges Einkommen vom Kapital. Das Risiko und das Glückselement jedes einzelnen Spieles gleicht sich bei der grossen Masse der Einsätze so aus, dass z. B. die Spielbank von Monaco ein regelmässigeres und sichereres Einkommen gewinnt, als viele solide und nützliche Unternehmungen. Der einzelne Spieler dagegen, welcher mit 100 fr. das Spiel angefangen und 50 000 fr. gewonnen hat, wird diese Summe keinesfalls

als Einkommen betrachten. Im Falle eines Prozesses wird der Richter, welcher den glücklichen Spieler zur Rückgabe der fremden Summe 100 fr. mit dem davon erzielten lucrum verurtheilt, die im Spiele gewonnene Summe 50 000 fr. nicht als lucrum ex re aliena behandeln. So behandelt die preussische Praxis nicht als lucrum ex re mariti den Lotteriegewinn der Frau, wenn sie auch das Geld des Mannes zum Spiel gebraucht hat. Die Glücksgewinne bei gewagten Geschäften werden also nicht nur nicht zum Einkommen vom Kapital gerechnet, sondern auch nicht zum lucrum ex re, zu den Gewinnen vom Kapital. Sie werden demjenigen, welcher die res und das lucrum ex re zurückfordert, nicht restituirt, sie verbleiben vielmehr dem „Glückskind" als rein persönlicher Gewinn. Diesen Satz haben wir schon im ersten Bande kurz hervorgehoben. Hier möchten wir nur hinzufügen, dass er civilpolitisch tief begründet ist. Es wäre nämlich eine schädliche Ueberspannung der kapitalistischen Idee, wenn der Kapitalberechtigte von seiner Gegenpartei nicht nur die normaler Weise von seinem Kapital gewonnenen Vortheile, sondern auch diejenigen Gewinne fordern könnte, welche sich eben aus dem gefährlichen Spiel mit dem Kapital ergeben. Sonst wäre es unter Umständen für den Kapitalberechtigten sehr vortheilhaft, seine Kapitalien einem leichtsinnigen Menschen anzuvertrauen; wenn dieser das fremde Geld ohne Erlaubniss zu gewagten Geschäften gebraucht und das Geld verliert, so wird der Kapitalist den Schaden nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht auf sich nehmen müssen. Wenn dagegen der günstige Zufall 100 Mark in Tausende verwandelt, würde der Kapitalist zugreifen. Man muss vielmehr als ein wichtiges civilpolitisches Postulat die Regel aufstellen, dass der Eigenthümer keine Vortheile von solchen Handlungen des Inhabers seines Kapitals erzielen soll, welche als Verstoss gegen die Redlichkeit oder wirthschaftliche Solidität erscheinen. Der Eigenthümer soll sich über den Leichtsinn oder die Unredlichkeit des Inhabers seines Kapitals nicht freuen, weil dies an sich eine demoralisirende Erscheinung wäre und weil dies bei den schlechten Elementen Motive, auf fremden Leichtsinn oder Unredlichkeit zu spekuliren, erzeugen könnte.

Wenn wir nun zu den Zinsen zurückkehren, so können wir uns einen solchen Zustand der Socialverhältnisse vorstellen, bei welchem von den Zinsen dasselbe gilt, was wir über die Gewinne aus gewagten Geschäften ausgeführt haben. Es ist vielleicht in einem Lande noch keine Art des sicheren Kredites entwickelt, so

dass man seine Geldsummen dort keinen öffentlichen Instituten, sondern nur Privaten verzinslich leihen kann; es herrscht zugleich im Lande eine solche Unsicherheit der socialen Zustände, dass man seines Kapitals auch dann nicht sicher ist, wenn man den besonders vermögenden und soliden Leuten ausleiht; kurz, die Gestaltung des Kredites ist eine solche, dass die vorsichtigen Leute das Ausleihen des Geldes als ein unvernünftiges Spiel betrachten und jede anderweitige Verwendung des Geldes, schlimmstenfalls das Vergraben in die Erde oder Verwahren in der Kasse, vorziehen. Wenn bei solchen Zuständen das Civilrecht dem Inhaber fremder Geldsummen keine Pflicht auferlegte, dieselben durch die verzinsliche Ausleihe nutzbar zu machen, sondern vielmehr das Halten des Geldes hinter Schloss und Riegel zur Pflicht machte, und wenn dieses Civilrecht die gewonnenen Zinsen im Falle der Ausleihung als persönliches lucrum aus dem Wagniss, nicht als ordnungsmässiges lucrum ex re aliena behandelte und somit die Zinsen aus der Reihe der Früchte ausschlösse, so würden wir das vom Standpunkte unserer Fruchtlehre nicht als begrifflich unmöglich, sondern vielmehr als vernünftig bezeichnen. Andererseits, wenn ein moderner Gesetzgeber die Bestimmungen jenes Civilrechts über die Zinsen bei den modernen hochentwickelten Kreditverhältnissen nachahmte, so würden wir zwar auch das nicht als begrifflich unmöglich bezeichnen (weil die Erfahrung uns belehrt, dass den Verfassern moderner Civilgesetze noch viel mehr zuzutrauen ist), jedenfalls aber würde ein solches Verhalten schwerlich besonders weise sein (vgl. unten über die Zinsenlehre im Entwurf).

Was nun die römischen Kreditverhältnisse und Zinsenlehre anbetrifft, so sind beide denen des unterstellten Landes gewiss unähnlich. Ebensowenig sind sie aber auch den modernen gleichzustellen. Es ist eine sonderbare Ironie des Geschickes, dass gerade der geniale Begründer der geschichtlichen Schule zugleich eine so ungeschichtliche Zinsentheorie, wie die gegenwärtig herrschende, begründet hat. Die Erfahrungsregel, dass man die Geldsummen in jedem Augenblick verzinzlich anlegen und sich dadurch einen sicheren Gewinn verschaffen kann, trifft eben im 19. Jahrhundert zu. In Rom war vielmehr eine entgegengesetzte Erfahrungsregel richtig.

Um dies nachzuweisen, brauchen wir zu den nichtjuristischen Quellen nicht zu greifen. Ebensowenig werden wir das ganze Material benutzen, welches uns das Corpus iuris allein bietet. Es

liesse sich Vieles nur auf Grund dieser Quelle über die Unsicherheit des römischen Kredits, insbesondere des Realkredits, welcher am sichersten sein sollte, und welcher jetzt nach dem öffentlichen Kredit der sicherste ist, sagen. Auch Betrachtungen über die wichtige Rolle, welche das Depositum und das Vergraben des Geldes in die Erde im römischen Leben gespielt haben, und welche beim Lesen des Corpus iuris auffällt, können und brauchen wir nicht anzustellen. Im Allgemeinen wäre es überflüssig, hier einen grossen geschichtlichen Apparat in Bewegung zu setzen, um den Beweis zu erbringen, dass die römischen Kreditverhältnisse wesentlich verschieden von den modernen waren, weil dies wohl eine allgemein bekannte und von Niemandem bestrittene Thatsache ist. Wir kämpfen nicht gegen die herrschenden Ansichten über den römischen Kredit, sondern nur gegen die Nichtberücksichtigung der einschlägigen Wahrheiten in der Zinsenlehre. Wir lassen daher nur diejenigen Stellen unserer Quellen reden, welche unmittelbare Bestimmungen über die Zinsen und die Verwaltung der Geldsummen enthalten, und welche wir daher auch sonst nicht unberücksichtigt lassen könnten.

1. O c c a s i o f a e n e r a n d i. Usurae a tutoribus non statim exiguntur, sed interiecto tempore ad exigendum et ad collocandum duum mensum, idque in iudicio tutelae servari solet (l. 7 § 11 D. de adm. et per 26, 7).

Si tutor... intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit... in usuras eius pecuniae quam non faeneravit convenitur (l. 15 eod.).

Wie reimt sich diese Frist von 6 oder 2 Monaten, welche dem Vormund für die verzinsliche Anlage gewährt wird, mit der Erfahrungsregel, dass eine Geldsumme „jeden Augenblick“ verzinslich angelegt werden kann? Braucht man auch jetzt 6 Monate dazu, um eine Summe verzinslich anzulegen?

Tutor in usuras non convenitur, si pecuniam pupillarem ideo non collocavit, quod idonea nomina non habebat, quibus pecunia collocaretur: cuius rei contestatio apud praesidem provinciae deponenda est (Pauli S. II, 14, 6).

Si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat, cui crederet, pupillo vacabit (l. 12 § 4 D. de adm. 26, 7).

Si pecuniam pupillarem neque idoneis hominibus credere... potuisti, non ignorabit iudex usuras eius a te exigi non oportere (l. 3 C. de usur. pup. 5, 56).

Der Vormund kann also unter Umständen während der ganzen Zeit seines Amtes keine occasio faenerandi finden. Offenbar konnte man eine Geldsumme nicht jeden Augenblick verzinslich anlegen. Man musste vielmehr lange Zeit suchen oder warten, ob sich nicht eine occasio faenerandi treffe. Die Sententiae Pauli, Digesten und Codex unterlassen nicht den Richter zu mahnen, er solle den Vormund nicht ohne Weiteres zur Leistung der usurae percipiendae verurtheilen, da jener während seines Amtes unter Umständen keinen Mann finden könne, welcher das Geld annehmen und nöthige Sicherheit gewähren könnte (non erat cui crederet, idonea nomina non habebat, keine idonei homines).

Non est audiendus tutor, cum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse (l. 13 § 1 D. de adm. et per. 26, 7).

Da sehen wir den Kampf um die occasio faenerandi, als ob sie ein seltenes Glück wäre. Jetzt wäre ein solches Gesetz natürlich eine Kuriosität, weil man zu jeder Zeit für beliebige Summen „occasio faenerandi" findet.

2. Conto corrente — depositio. Man kann heute jede Summe nicht nur beliebig verzinslich anlegen, sondern, was oft sehr wichtig ist, so anlegen, dass im Falle des Bedürfnisses die Summe jeden Augenblick wieder flüssig zu machen ist. Welche Arten der verzinslichen Anlage jetzt diesem Bedürfnisse entsprechen, brauchen wir nicht aufzuzählen. Wie stand es in solchen Fällen in Rom?

Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: huius hereditatis curationem suscepi et impendi decem; deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui; haec sine culpa mea perierunt. quaesitum est, an ab herede, qui quandoque exstitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim vel decem quae impendi. Julianus scribit in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an iustam causam habuerim reponendorum centum... si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiecticiae pecuniae augeretur aut ex compromisso committeretur... (l. 12 D. de neg. gest. 3, 5).

Wenn man also erwartet, dass die vorhandene Summe für ein Bedürfniss nöthig sein wird, so hat man eine iusta causa depositionis. Der Verwalter der Summe handelt pflichtgemäss, wenn er die Summe in der Kasse verwahrt. Er zahlt natürlich keine Zinsen und ist nicht verantwortlich, wenn die Summe ohne seine Schuld untergeht (etwa durch Feuer, Raub, Diebstahl). Jetzt vermeidet man die Gefahr der Aufbewahrung und den Verlust an Zinsen durch die Anlage der Summe in einer Kreditanstalt. Uebrigens darf man nicht denken, dass bei den Römern nur der in der nächsten kurzen Zeit (Woche oder Monat) erwartete Gebrauch der Summe als eine iusta causa depositionis galt. Vielmehr konnten die Summen Monate und Jahre lang müssig aufbewahrt werden, bis die Zeit des Bedürfnisses kam.

Ita autem depositioni pecuniarum locus est, si ea summa corradi, id est colligi possit, ut comparari ager possit: si enim tam exiguam esse tutelam facile probatur, ut ex nummo refecto praedium puero comparari non possit, depositio cessat (l. 5 pr. D. de adm. et per. 26, 7).

Es wird also das Geld allmählich in der Kasse angesammelt und müssig aufbewahrt, bis die Summe zur genügenden Höhe anwächst, um ein Grundstück zu kaufen. Während der Zeit der depositio pecuniae, des corradere und colligere, ist der Verwalter selbstverständlich von der Pflicht, usurae percipiendae zu leisten, frei:

Si deponi oporteat pecunias ad praediorum comparationem, si quidem factum est, usurae non current (l. 7 § 7 eod.).

Ebenso selbstverständlich ist es, dass er nicht den casus des Unterganges der angesammelten Summe trägt.

Ein solches Recht wäre jetzt ein Anachronismus. Im Gegentheil ist der Verwalter für die Zinsen und den Untergang des Geldes verantwortlich zu machen, weil ein sorgfältiger moderner Vormund, anstatt die Summe den Gefahren der müssigen Aufbewahrung zu unterwerfen, dieselbe in einer Kreditbank verzinslich anlegen wird.

Einen gleichen Fall der iusta causa depositionis haben wir in der l. 6 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Der Gläubiger, welcher beim Pfandverkauf mehr erzielt hat, als seine Forderung beträgt, zahlt vom Ueberschuss alle Arten der Zinsen, je nach den Umständen, nur keine usurae percipiendae. Er leistet die usurae perceptae, wenn er solche gewonnen, die usurae fictae, wenn er das Geld selbst gebraucht hat, die entzogenen Zinsen, wenn er in Verzug gerathen ist (l. 7 eod.). Nur „si eam depositam habuerit, usuras non debet" (vor der mora). Er hat also eine iusta causa depositionis. Er erwartet ja, dass der Schuldner kommen wird, um das

Geld abzuholen. Jetzt dagegen kann man auch eine verzinslich angelegte Summe zur Zahlung ebenso bereit haben, als wenn sie müssig in der Kasse läge.

Ein eigenthümliches Zeugniss über die römischen Kredit- und zugleich Socialzustände in anderer Hinsicht enthält die l. 79 § 1 D. de leg. 32 (nummos ibi repositos, ut mutui darentur . . . rusticos senes ita dicentes pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur).[1]

3. Depositio pecuniae aus anderen Gründen. Die bisher angeführten Stellen haben über die Unbequemlichkeiten des römischen Kreditwesens erzählt. Diese Eigenschaft hat aber eine weniger bedeutende Rolle bei der Entwickelung des Zinsenrechtes gespielt, als eine andere, nämlich die Unsicherheit des Kredits, die Gefahr, welcher man das Kapital durch die verzinsliche Anlage unterwirft.

Quaesitum est, an iudicio negotiorum gestorum vel mandati pro pecunia otiosa usuras praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam faeneravit. respondit, si eam positam habuisset idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quicquam usurarum nomine praestare (l. 13 § 1 D. de usuris 22, 1).

Man hat diese Stelle, wie auch andere dieser Art, zu eigenthümlichen dogmatischen Schlüssen benutzt, anstatt dieselbe richtig geschichtlich zu würdigen. Man hat daraus geschlossen, dass der Geschäftsführer nicht die gewöhnliche Sorgfalt eines guten Wirthes bei Geldsummen anzuwenden habe, sondern diejenige Sorgfalt, welche der Herr vermuthlich angewandt haben würde. Oder man sagt, dass der Geschäftsführer zwar zur gehörigen Nutzbarmachung der Summe im Allgemeinen verpflichtet sei; er sei „jedoch dabei entschuldigt, wenn er die Art und Weise befolgt hat, in welcher der Geschäftsherr selbst mit seinem Vermögen umzugehen pflegt“.[2]

Mit ebenso gutem Recht könnte man aus der Stelle folgern, dass, wenn der Herr zu nachlässig war, um die Vermiethung seines Miethshauses zu besorgen oder das Grundstück zu bebauen, der Verwalter dasselbe thun darf. Indessen hat die Stelle nicht nur keine für alle Kapitalien allgemeine Geltung, sondern auch in Bezug auf das Geld nur eine geschichtliche Bedeutung. Bei den

1) Vgl. auch die l. 15 § 12 D. de re iud. 42, 1.
2) Windscheid II § 430 N. 8.

Römern war ebenso die consuetudo pecuniam positam habere, wie die Bestimmung, dass diese consuetudo des Herrn der Verwalter befolgen darf, vollständig gerechtfertigt. Der Verwalter darf nicht die Nachlässigkeit des Geschäftsherrn nachahmen: dazu ist er nicht angenommen! Wenn er das Geld in der arca nach der Gewohnheit des Geschäftsherrn müssig hält, ahmt er nicht die Nachlässigkeit nach, sondern er will dem Geschäftsherrn das — für damalige Zeit — stets gewagte Unternehmen nicht aufbürden.

Die Stelle in ihrem Wortlaut ist jetzt ein wirthschaftlicher Anachronismus. Wenn man sie zu dogmatischen Zwecken verwerthen will, so muss man sich nicht an den Buchstaben, sondern an den vernünftigen Sinn halten. In dieser Weise interpretirt besagt sie, dass der Geschäftsführer die ordentliche Verwaltung mit gewöhnlicher Sorgfalt zu führen hat, dass aber die gewagten Geschäfte nicht ohne Weiteres dahin gehören; dieselben vorzunehmen ist er nur kraft besonderen Auftrages verpflichtet, sowie dann, wenn dieselben nach dem Gewerbe (Erwerbsgewohnheit) des Geschäftsherrn zur Verwaltung seines Vermögens wirklich gehören. Der Verwalter einer Spielbank oder eines Lotteriegeschäftes wird das Geschäft weiter fortsetzen. Der Verwalter von Geldkapitalien braucht und darf dagegen nicht eine Spielbank einrichten oder an der Börse spekuliren.

Ebenso nur eine geschichtliche Bedeutung hat der bekannte Satz des römischen Rechtes, nach welchem der Vormund die Mündelgelder zum Ankauf von Grundstücken verwenden muss und nur dann, wenn dies praktisch unausführbar ist, verzinslich anzulegen hat. Bei den Römern gewährte der Grundbesitz eben die sicherste Anlage des Geldes, die Ausleihung desselben dagegen eine höchst unsichere Anlage. Jetzt verhält es sich umgekehrt. In Folge der Uebertragung der Spekulation auf die Immobilien, der Auswanderung der Landarbeiter nach den Städten und entfernten Ländern, in Folge der Schwankungen der Preise von Rohprodukten aus politischen Ursachen u. s. w. ist der Ankauf von Grundstücken fast zu einer gewagten Spekulation geworden. Die Preise der Grundstücke sind grösseren Schwankungen ausgesetzt als die Aktien solider Unternehmungen. Durch die Entwickelung des öffentlichen Kredites ist dagegen die verzinsliche Anlage des Geldes zu der sichersten Unternehmung geworden. Hier hat man weder Verlust oder Preisminderung des Kapitals, noch Missernte, noch Unglücksfälle zu befürchten. Trotzdem lehrt man als geltendes Recht den Satz,

wonach allen vermögenden Mündeln im Gebiete des gemeinen Rechtes unterschiedlos das Schicksal, Grundbesitzer zu werden, bereitet wird. Dadurch wird ihren Kapitalien eine sichere Anlage entzogen und ihnen oft ein ihren geistigen Anlagen und Plänen widersprechender Beruf aufgedrängt; anstatt der leicht zu kontrolirenden und keine Mühe, Streitigkeiten und Missbräuche verursachenden Anlage des Geldes sollen Grundstücke gekauft und ihre anfängliche Einrichtung und weitere Bewirthschaftung kontrolirt werden; ausserdem werden die Preise der Grundstücke in Folge der Erhöhung der Konkurrenz über den wirklichen und natürlichen Bedarf künstlich erhöht. Man hat zwar schon die Unzulänglichkeit dieser Regel bei den modernen Grundbesitzverhältnissen bemerkt und versucht, die römische Bestimmung dadurch zu beseitigen, dass man dieselbe als eine nicht unbedingt bindende wirthschaftliche Vorschrift betrachtete (Puchta). Dagegen wurde aber mit dem scheinbar begründeten Einwand erwidert, dass die ausschliesslich wirthschaftliche Bedeutung der Vorschrift in den einschlägigen Quellenzeugnissen keine Unterstützung finde.[1] Natürlich, anderes könnte man auch nicht erwarten, da die römischen Juristen keine Propheten waren. Sie konnten doch nicht die Möglichkeit berücksichtigen, dass im 19. Jahrhundert unserer Aera die verzinsliche Anlegung der Mündelgelder zur sichersten Verwerthung derselben werden könne. Für ihre Zeit galt es als allgemeine Regel, dass die sicherste Anlage der Mündelgelder nicht im Kredit, sondern im Grundbesitz zu suchen ist. Diese Ansicht fand in der bekannten Vorschrift ihren Ausdruck. Da sie die Aenderung der Grundbesitz- und der Kreditverhältnisse nicht vorauszusetzen brauchten, so haben sie der Vorschrift nicht eine bedingte, sondern eine allgemeine Form gegeben. Dies bindet uns nicht an den Buchstaben des Gesetzes, sondern fordert von uns um so mehr, dass wir nach der vernünftigen Absicht desselben forschen. Wenn das Corpus iuris als die beste Form der Verwaltung des Mündellandgutes das Dreifeldersystem vorgeschrieben hätte, würden wir doch die Mündel durch die sklavische Befolgung einer solchen Vorschrift nicht ruiniren wollen.

Da man in Rom im Kredit bei der Verwaltung der Geldsummen keine sichere Stütze fand und da andererseits die aus der

1) Windscheid II § 439 N. 7. Die richtige Ansicht vertritt Dernburg III § 49.

Verwendung der Mündelgelder auf den Ankauf von Grundstücken entstehenden Missstände nicht unbemerkt blieben, so entstand natürlicherweise auch eine Strömung gegen die Verwandlung des durch den Mündel ererbten Vermögens in Geldsummen. Es ist eine natürliche Erscheinung, dass der Erbe die meisten oder doch viele Nachlasssachen versilbert. Der Erbe ist eben ein anderer Mensch als der Erblasser; er hat einen anderen Charakter, andere Gewohnheiten, Liebhabereien, oft eine andere Vermögens- und Socialstellung, anderen Beruf, anderen Wohnort, andere Bildung. Aus diesen Unterschieden ergiebt sich aber nothwendig, dass viele Sachen, welche für den Erblasser einen höheren Gebrauchs- als Tauschwerth hatten, für den Erben umgekehrt einen höheren Tausch- als Gebrauchswerth haben. Man denke nur an die Folgen eines etwaigen Altersunterschiedes zwischen Erblasser und Erben. Die Sachen, welche den Bequemlichkeiten eines alten Herrn dienten, sind für seinen jungen Erben oft nutzlos. Die Luxussachen des Erblassers entsprechen oft der bescheidenen Lebenweise des Erben nicht. Wenn man einige Gegenstände als theure Andenken behält und andere versilbert, handelt man nach den Regeln der vernünftigen Wirthschaft, indem man den gegenwärtig höheren Verkaufswerth der Sachen ihrem gesunkenen Gebrauchswerth vorzieht. Gegen eine solche sonst als sachgemäss erscheinende Versilberung der Nachlasssachen kämpft nun die Gesetzgebung der römischen Kaiser (vgl. insbesondere l. 22 C. de adm. 5, 37). Zwar wird dabei als civilpolitischer Zweck angegeben, dass dadurch dem Vormund die Versuchung und Möglichkeit der Missbräuche entzogen werden soll (per fraudes pretia deminuta § 3a l. c.), gleichzeitig wird aber durch folgende Bemerkung der Kern der Sache getroffen:

Huic accedit, quod ipsius pecuniae, in qua robur omne patrimoniorum veteres posuerunt, faenerandi usus vix diuturnus, vix continuus et stabilis est: quo facto saepe intercidente pecunia ad nihilum minorum patrimonia deducuntur (§ 5a eod.).

Kein besseres Zeugniss hat Justinian den römischen Kreditverhältnissen ausgestellt, als er in der Nov. 72 c. 6 geradezu bestimmte, dass die Mündelgelder, wofern das Vermögen ein für die nothwendigen Bedürfnisse genügendes Einkommen gewährt, lieber müssig aufbewahrt, als ausgeliehen werden sollen. Wenn der Vormund die Ausleihung wagen will, darf er dies auf eigene Gefahr vornehmen, verpflichtet dazu ist er aber nicht.

Wenn man den Zustand des römischen Kreditwesens würdigt,

so erklärt sich ferner sehr einfach der Satz des röm. Rechtes, wonach der malae fidei possessor hereditatis zur verzinslichen Anlage der Geldsummen nicht verpflichtet ist. Diesen Satz folgert man aus den l. 62 D. de R, V. 6, 1 und l. 20 § 14 D. de H. P. 5, 3:

Papinianus libro sexto quaestionum. Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur (l. 62 cit.).

Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum (l. 20 § 14 cit.).

Zum Verständniss der ersteren Stelle ist hervorzuheben: Es ist nach ihrem Sinn und Zusammenhang mit Recht fast allgemein anerkannt, dass heres hier im Sinne von possessor hereditatis gebraucht ist und speziell malae fidei possessor, welchen Papinian mit dem malae f. p. rei vergleicht. Ferner wird es nicht bezweifelt, dass pecunia deposita nicht auf den Vertrag depositum hinweist, sondern einfach das zurückgelegte Geld, die aufbewahrten Summen bedeutet. Kurz, die beiden angeführten Entscheidungen von Papinian betreffen einen und denselben Thatbestand.[1]

Vom Standpunkt der gemeinen Theorie erscheint nun der Satz, dass der m. f. p. hereditatis die Geldsummen müssig aufbewahren darf, höchst sonderbar. Wenn man durch die verzinsliche Anlage von Geldsummen ebenso sicher Einkünfte gewinnen kann, wie durch die Vermiethung eines Hauses oder Bewirthschaftung eines Landgutes, warum ist der Besitzer, welcher doch wie ein bonus pater familias handeln soll, zur Nutzbarmachung von Geldsummen nicht verpflichtet? In der That wäre es bei den modernen Kreditverhältnissen unvernünftig, den Erben um sichere Einkünfte an Zinsen zu bringen. Das Betragen eines Erbschaftsbesitzers, welcher dem wahren Erben nur die ursprünglichen 50 000 ohne Zinsen nach 5 Jahren des Besitzes mit der Begründung ausliefert, dass er die ganze Summe müssig in der Kasse aufbewahrt hat, erschiene jedem Unbefangenen als unsinnig oder böswillig. Ein vernünftiger und redlicher Mensch würde die verzinsliche Anlage der Geldsummen in einer Kreditanstalt jedenfalls der gefährlichen und nutz-

1) Vgl. übrigens Landsberg, Furtum des bösgl. Besitzers S. 90 fg.

losen Aufbewahrung der Summe in der Kasse im Interesse des eventuellen Erben vorziehen.

Einem so scharfen Juristen, wie Savigny, konnte dieser Widerspruch nicht entgehen. Darum hat er versucht, in den angeführten Stellen eine vernünftige, d. h. der von ihm über den Kredit angenommenen und den römischen Juristen zugeschriebenen Ansicht gemässe Entscheidung festzustellen. Zu diesem Zweck interpretirt er[1] den Ausdruck pecunia deposita in der l. 62 nicht im Sinne jeder aufbewahrten Summe, sondern vielmehr in dem viel engeren Sinne einer aus besonderen Gründen und zu besonderen Zwecken als „Nothpfennig“ durch den Erblasser zurückgelegten Summe. „Solches Geld soll auch der Besitzer der Erbschaft fernerhin unberührt aufbewahren dürfen, ohne dafür Zinsen zu bezahlen, indem er nur die von dem Erblasser angefangene Behandlungsweise dieses Geldes fortsetzt. — Erklärt man nun die von Ulpian referirte Aeusserung des Papinian von diesem ganz besonderen Fall, wofür die ähnlichen Ausdrücke (das non attingit) sehr deutlich sprechen, so ist der oben aufgestellte Grundsatz gegen jeden Widerspruch gerettet: denn es wird Niemand zweifeln, dass ein solches Verfahren ganz in den Gränzen verständiger Vermögensverwaltung liegt.“

Diese Erklärung ist zur herrschenden Ansicht nicht geworden. Insbesondere hat Francke[2] darauf hingewiesen, dass sie nach Papinians Entscheidungsgrunde nicht möglich ist und dass die l. 20 § 14 cit. allgemein von jeder im Nachlass vorgefundenen Geldsumme spricht. Später werden wir uns überzeugen, dass es mit den beiden angeführten Stellen eine besondere Bewandtniss hat, und dass ihre volle Bedeutung weder von Savigny, noch von der herrschenden Lehre erkannt ist, dass aber der erörterte Satz über die Zinsenfreiheit des Erbschaftsbesitzers nach dem römischen Recht jedenfalls sicher nachgewiesen werden kann. Von unserem Standpunkt ist auch die Bestimmung des römischen Rechtes sehr erklärlich. Der durchschnittliche m. f. possessor hereditatis gewährt eine viel geringere Garantie, dass er das schwierige und gefährliche Unternehmen der verzinslichen Anlage nicht zum Schaden, sondern zum Vortheil seiner Gegenpartei ausführen wird, als der normale Vormund. Zu der vormundschaftlichen Verwaltung werden

1) Savigny VI S. 153 fg.
2) Francke, Commentar S. 274.

nur vertrauenswürdige Männer berufen. Ausserdem hat das römische Recht dafür Sorge getragen, dass eine eventuelle Insolvenz des Vormundes dem Mündel nicht schade (satisdationes, Solidarhaftung etc.). Und trotzdem hat man dem Vormund die verzinsliche Anlage des Mündelgeldes nur in einer sehr beschränkten Weise anbefohlen, und später sogar den Vormund gänzlich davon befreit. Wie können wir uns denn wundern, dass die verzinsliche Ausleihung des Erbschaftskapitals durch den Besitzer gar nicht als wünschenswerth erschien! Fenerandi usus vix diuturnus, vix continuus et stabilis est: ein regelmässiges und sicheres Einkommen ergäbe sich daraus für den Erben nicht; das Kapital wird aber im höchsten Masse gefährdet: quo facto saepe intercidente pecunia ad nihilum patrimonia deducuntur. Und wenn der Besitzer nicht geeignet ist, das gefährliche Unternehmen umsichtig auszuführen, wenn er kein genügendes Vermögen hat, um den etwaigen Verlust gut machen zu können! Dass die depositio (non attingere) der erbschaftlichen Summen durch den Besitzer sanktionirt wurde, ist also ganz natürlich. Ebenso natürlich ist es, dass der Erbschaftsbesitzer für den casus haftet, wenn das von ihm ausgeliehene Kapital verloren geht, und dass er die Zinsen restituirt, wenn er solche gewonnen hat. Durch diese Regelung wird für ihn ein Motiv geschaffen, die erbschaftlichen Summen lieber unangetastet zu verwahren (non attingere, pecuniam positam habere), als dieselben der Gefahr der Ausleihung zu unterwerfen, was eben das Recht anstrebt.

4. Haftung für casus bei der verzinslichen Anlage. Im Obigen haben wir ein Bild der Verwaltung der Geldkapitalien unter Benutzung des Kredites gewonnen. Der Verwalter sucht nach einer occasio faenerandi, d. h. er sucht nach den Leuten, welche das Geld verzinslich annehmen wollen und die beste Garantie bieten, dass das Kapital nicht verloren geht. Es kann vorkommen, dass man während längerer Zeit keine günstige occasio findet, weil man keinen entsprechenden Kreditnehmer findet. Wer viele Verbindungen in den kapitalbedürftigen Kreisen hat, kann sich natürlich viel eher eine occasio bene faenerandi verschaffen. Die Nachforschung, ob ein zu kontrahirendes nomen idoneum sein wird, ist eine feine und schwierige Aufgabe. Die Solidität eines Kreditgeschäftes hängt nicht nur von der gegenwärtigen Vermögenslage des debitor, sondern auch von der zukünftigen ab. Von den zwei gleich gut situirten Menschen ist derjenige zu wählen, welcher bessere Aussichten für die Erhaltung des Vermögens bietet, welcher

einen solideren Charakter hat, welcher weniger riskirte Unternehmungen führt und dgl. Zur richtigen Auswahl der kreditwürdigen Kontrahenten gehört ein besonderes Talent und eine besondere Vorsicht, eine Kenntniss oder Erkennenkönnen und Wollen intimer und für das grosse Publikum oft versteckter Verhältnisse. Wenn wir uns nun zwei Verwalter von Geldvermögen vorstellen, welche beide die Summen ausleihen, von denen aber der erstere die etwaigen Verluste aus misslungenen Kreditgewährungen immer selbst tragen muss, der zweite nur bei nachgewiesener culpa bei der Ausleihung, so erwarten wir, dass ceteris paribus bei dem zweiten Verwalter viel häufiger Kapitalien verloren gehen werden, als bei dem ersteren. Wenn wir annehmen, dass der erstere Verwalter keine anderen Motive hat, vorsichtig vorzugehen, als die Furcht vor der Verantwortlichkeit für culpa, so wird sich das ihm anvertraute Vermögen in grosser Gefahr befinden. Der Verantwortlichkeit für culpa ist gerade bei einer so komplizirten und riskirten Thätigkeit, wie die Auswahl der kreditwürdigen Privatpersonen (wir denken immer an die römischen Kreditverhältnisse), leicht auszuweichen. Der Verwalter kann sagen: ich habe mit grosser Mühe und Zeitverlust mich erkundigt, ob der Herr X. kreditwürdig ist, man hat mir über ihn die besten Zeugnisse ausgestellt u. s. w. Der Richter kann ja nur eine solche äussere Seite der Thätigkeit beurtheilen, und wenn diese in Ordnung war, den Nachweis der culpa nicht anerkennen. Der Verwalter hat äusserlich ebenso sorgfältig gehandelt, wie andere boni patres familias handeln, und doch wird er sich vielleicht selbst sagen: „Wenn es sich um meine eigenen Kapitalien handelte, würde ich dem X. niemals Kredit gewähren“ oder „ich würde mich über die Kreditwürdigkeit des X. in ganz anderer Weise erkundigen“. Je gefährlicher, feiner und komplizirter eine Thätigkeit ist, desto weniger kann der gute Erfolg durch die Androhung der Haftung für culpa herbeigeführt werden. Darum ist die politische Verantwortlichkeit der Minister nicht auf die culpa beschränkt, sondern sie bestimmt sich nach dem thatsächlichen Erfolge. Darum suchen die Inhaber von komplizirten und riskirten Unternehmen ihre Angestellten, welche das Unternehmen leiten, auf verschiedene Weise direkt am Erfolg zu interessiren, ohne die Verantwortlichkeit für die diligentia für genügend zu halten. Je feinere und vorsichtigere Thätigkeit für den guten Erfolg nothwendig ist, desto mehr verwandelt sich die Erfüllung desjenigen, was im Gerichte für den Ausschluss des Nachweises von culpa

nöthig ist, in eine rein äussere Formalität, welche den guten Erfolg herbeizuführen gar nicht im Stande ist. Ja, man kann bei so intimer Thätigkeit, wie die Auswahl der kreditwürdigen Personen, geradezu böswillig handeln und zugleich die äussere Diligenz genügend zur Schau tragen. Der negotiorum gestor kann eine grössere Summe des Geschäftsherrn seinem Freunde leihen, dessen Vermögenslage Allen als sicher erschien, obwohl dem Geschäftsführer Momente bekannt waren, auf Grund deren er eine eigene Summe nicht riskirt hätte. Man kann anscheinend sehr sorgfältige Erkundigungen über die Kreditwürdigkeit der Mitkontrahenten anstellen und zugleich fremdes Vermögen aus Gefälligkeit oder Eigennutz zur Rettung seiner gefährdeten Geschäftsfreunde und Bekannten gebrauchen.

Die gemeine Lehre behauptet nun, dass das römische Recht den negotiorum gestor, den tutor etc. nur dann für den Verlust des Kapitals verantwortlich macht, wenn dem Verwalter eine culpa nachgewiesen wird. Ja, man geht noch viel weiter: „Hat der Vormund das Mündelgeld an verschiedene Schuldner ausgeliehen, so kann er den bei dem einen Kapital durch aussergewöhnlich gute Anlage erzielten Vortheil gegen den durch seine Schuld bei einem anderen Kapital eingetretenen Verlust aufrechnen“ (Windscheid II § 439 N. 7).

Wie unpolitisch wäre das römische Recht, wenn es wirklich so etwas bestimmt hätte! Allein die herrschende Lehre verstösst auch hier, wie fast bei allen Lehrsätzen über die römische Zinsenlehre, gegen ganz klare Quellenzeugnisse. Ueber den neg. gestor und tutor ist klar und ausdrücklich bestimmt, dass sie bei der Ausleihung der verwalteten Summen nicht nur für culpa, sondern auch für casus haften.

a. In Bezug auf den neg. gestor heisst es:

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque totius temporis praestare cogetur et periculum eorum nominum, quibus collocavit, agnoscere, si litis tempore solvendo non sint: hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit (Pauli S. I, 4, 3).

Genauer ist die Verantwortlichkeit des neg. gestor für das periculum in der l. 36 § 1 D. de neg. gest. 3, 5 bestimmt:

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum, quae ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.

Der Geschäftsführer ist also nur dann von der Haftung für den unverschuldeten Verlust des Kapitals frei, wenn der Schuldner durch zufällige Ereignisse sein Vermögen verloren hat. Er trägt das periculum, wenn der Schuldner auf eine andere Weise, z. B. aus Leichtsinn und Verschwendungssucht insolvent geworden ist, oder wenn seine Vermögensverhältnisse schon zur Zeit der Ausleihung gefährdet waren. Nach dem oben Ausgeführten ist die Entscheidung sachgemäss. Wenn man keine genügende Erfahrung hat, um das Ausleihen der Geldsummen gefahrlos zu besorgen, wird man sich zur neg. gestio pecuniae nicht aufdrängen. Wenn man die Verwaltung der Geldkapitalien übernommen hat, wird man nicht nur die von uns oben als zum Schutz des dominus negotii ungenügend bezeichnete äussere Diligenz entwickeln, sondern man wird in der That höchst sorgfältig und vorsichtig vorgehen, weil man den eventuellen Verlust selbst zu tragen hat. Freilich muss man behaupten, dass durch eine solche Regelung die Masse der domini negotiorum ein geringeres Einkommen an Zinsen gewinnt, weil die neg. gestores viele occasiones faenerandi, welche sie bei der Verantwortlichkeit nur für culpa benutzt hätten, bei der Haftung für periculum unbenutzt lassen werden: sie werden durchschnittlich nur solche occasiones faenerandi benutzen, bei welchen ihnen jede Gefahr ausgeschlossen erscheint. Wenn wir uns indessen des oben über die Gefährlichkeit des usus faenerandi Ausgeführten erinnern, so müssen wir das römische Recht als sehr politisch anerkennen.

Sonderbar erscheint nur bei einer oberflächlichen Betrachtung, warum die Haftung für die eine Art des periculum bestimmt, für die andere Art ausgeschlossen ist. Ist es nicht gleich, ob der Schuldner durch die fortuiti casus oder durch eigene Nachlässigkeit oder Leichtsinn insolvent geworden ist? In beiden Fällen liegt für den Geschäftsführer ein gleicher casus, welchen er durch keine Sorgfalt abwenden könnte. Es scheint kein vernünftiger Grund vorzuliegen, warum der Geschäftsführer in einem Falle strenger, in dem anderen milder behandelt wird. Vom richterlich-dogmatischen Standpunkt freilich scheint die Entscheidung willkürlich zu sein; indessen ist sie vom civilpolitischen Standpunkt höchst gelungen. Der Zweck der Haftung für das periculum besteht nicht darin, den wirklich eingetretenen und durch den Geschäftsführer nicht

verschuldeten Schaden vom dominus negotii auf den gestor abzuwälzen. Der Sinn der Haftung besteht vielmehr darin, dass der Schaden (die unerwünschte species facti) thunlichst vermieden werden soll. Der neg. gestor, welcher für den casus haftet, wird sich hüten, demjenigen das Geld zu leihen, welcher schon insolvent ist, oder dessen zukünftige Insolvenz in Folge seines nachlässigen Charakters, der Verschwendungssucht etc. beachtenswerthe Chancen für sich hat. Dagegen kann er trotz der höchsten Vorsicht nicht voraussehen, ob der jetzt kreditwürdige Schuldner in der Zukunft durch einen reinen Zufall nicht insolvent sein wird. Die Haftung für die zufällige Insolvenz einzuführen wäre daher zwecklos, weil sie den Geschäftsführer nicht zur Vorsicht bei der verzinslichen Anlage anspornt, sondern nur von der vernünftigen und guten Anlage abschreckt. Es wäre aber widersinnig, den neg. gestor durch die Androhung der usurae percipiendae zur verzinslichen Anlage anzuspornen und davon gleichzeitig abzuschrecken. Nur von der unsicheren Anlage soll er abgehalten werden.

In der weiteren Darstellung werden wir solche schädlichen Zufälle, deren Vorkommen der Civilpolitiker durch die Einführung der Haftung für casus nicht abwenden oder nicht seltener machen kann, als vis maior bezeichnen (Verlust der dargeliehenen Summe durch die zufällige Insolvenz des Schuldners), dagegen diejenigen Zufälle, deren Vorkommen durch die Einführung der Haftung für casus seltener wird (Verlust der dargeliehenen Summe in Folge der unbemerkten Insolvenz des Schuldners zur Zeit des Kreditgeschäftes oder der durch die Nachlässigkeit des Schuldners später eingetretenen Insolvenz) als casus schlechthin bezeichnen.

b. In Bezug auf den tutor heisst es:

Aurum argentumque et quidquid vetustate temporis non mutatur, si in pupilli substantia reperiatur, in tutissima custodia collocent, ita tamen, ut ex mobilibus aut praedia idonea comparentur aut, si forte (ut adsolet) idonea non potuerint inveniri, iuxta antiqui iuris formam usurarum crescat accessio, q u a r u m e x a c t i o a d p e r i c u l u m t u t o r i s p e r t i n e t (l. 24 C. de adm. tut. 5, 37).

Der Passus „quarum exactio ad periculum tutoris pertinet" ist nicht dahin zu verstehen, als ob die Einziehung der Zinsen aus dem schon geschlossenen Geschäft auf Gefahr des Vormundes geschehe. Es soll damit vielmehr ausgesprochen werden, dass bei der ganzen Thätigkeit der Zinsengewinnung das periculum den Vormund trifft, d. h. dass er auch für das Kapital verantwortlich ist.

Wie wir gleich sehen werden, wurde die Haftung des Vormundes bei der verzinslichen Anlage für den casus nach analogen Regeln beurtheilt, wie dieselbe Haftung des Verwalters von Geldsummen einer öffentlichen juristischen Person. In Bezug auf diesen heisst es aber:

Fenoris rei publicae, quod n o n t u a c u l p a p e r d i t u m esse apparuerit, sufficit sortis damnum, non etiam usurarum sustinere (l. un. C. de his qui ex officio 11, 39).

Die Haftung für den casus in Bezug auf das Kapital wird noch durch folgende Stellen bestätigt:

Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur (l. 43 pr. D. de adm. et per. 26, 7).

Tutor sive curator nomina, quae iuste putat non esse idonea, a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere (l. 35 eod.).[1]

Debitoribus pupillae pro officii ratione, tutorem te constitutum adseverans, ad te nominum periculo pertinente, parere solutioni denuntia (l. 18 C. de adm. tut. 5, 37).

Vom Standpunkt der herrschenden Lehre unerklärliche Stellen!

5. V e r s i c h e r u n g g e g e n d a s p e r i c u l u m f a e n e r a n d i. Die Haftung des Vermögensverwalters für das periculum nominum bis zur Grenze der vis maior versichert den Geschäftsherrn sehr wirksam gegen die Gefahren des Kredites. Dies geschieht aber auf Kosten des Verwalters, welcher auf diese Weise unter Umständen einer übermässigen Gefahr unterworfen wäre. Das römische Recht sucht nun auch dem Verwalter die Möglichkeit zu gewähren, die Gefahren der Verwaltung für sich zu mildern.

Zu den besonders in früheren Zeiten gebräuchlichen Methoden der Versicherung gehört die Vertheilung der Gefahr durch die Theilung des Gegenstandes, welchem die Gefahr droht. So pflegte man, so lange man keine sichere Post hatte, eine grössere Summe nicht mit einmal durch dieselbe occasio zu verschicken, sondern man versandte sie in Theilsummen. Dadurch minderte man die Chancen, die ganze Summe zu verlieren. Dahin gehört noch z. B. die Vertheilung einer werthvollen Ladung auf einige Schiffe, um das Risiko des Transportes zu mildern, die Niederlegung leicht

1) Hierher gehören die l. 38 pr. und l. 39 § 5 eod. nicht, weil hier unter dem periculum die Verantwortlichkeit nicht nur für die Insolvenz des Schuldners, sondern auch für die culpa eines Mitvormundes zu verstehen ist.

entzündbarer Stoffe nach Theilquantitäten an verschiedenen Stellen, die Verschickung des Wechsels in einigen Exemplaren (prima, secunda) auf verschiedenen Schiffen. Auf diese Weise suchen sich die Börsenspekulanten zu versichern, indem sie ihr Spekulationskapital vertheilen und nach Theilen verschiedenen Risikos unterwerfen. Wenn man sein Kapital dadurch der Gefahr unterwirft, dass man dasselbe Privatpersonen auf Zinsen ausleiht, so versichert man sich gegen übermässige Gefahr dadurch, dass man nicht einer und derselben Person das ganze Kapital leiht, sondern verschiedenen Personen Theile desselben. Die Summe solcher Geschäfte auf Theile des Kapitals bildet ein System der einander versichernden Handlungen, welches dem System der sich gegenseitig versichernden Börsengeschäfte ähnlich ist. Je mehr Glieder ein solches System hat, desto sicherer operirt man, desto mehr Chancen hat man, dass man keinen erschütternden Schaden erleiden, sondern vielmehr den etwaigen mässigen Schaden durch den Gewinn decken wird. Diese wirthschaftlich wohlthätige Versicherungsmethode hat das römische Recht sanktionirt, um dem Verwalter fremden Geldvermögens die Möglichkeit zu gewähren, die Gefahr der Verwaltung für sich zu mildern.

Quid si servus publicus obligationem usurarum rei publicae adquisiit? aequum est, quamvis ipso iure usurae rei publicae debeantur, tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum usurarum fieri, si non sit parata res publica universorum debitorum fortunam suscipere. eadem fere in tutoribus Marcellus refert (l. 11 § 1 D. de usuris 22, 1).

Cum quaeritur iudicio tutelae, quae nomina a tutore facta agnoscere pupillus debeat, Marcellus putabat, si tutor pecuniam pupilli mutuam dedisset et suo nomine stipulatus esset, posse dici nomina integra pupillo salva esse, deperdita et male contracta ad tutorem pertinere. sed verius se putare posse tutorem eam condicionem adulescenti deferre, ut id quod gessisset tutor in contrahendis nominibus aut in totum agnoscere aut a toto recedere, ita ut perinde esset ac si tutor sibi negotium gessisset. idem est et si pupilli nomine credidisset (l. 16 D. de adm. et per. 26, 7).

Diesen scharfsinnigen Versicherungsgedanken hat nun die herrschende Lehre in doppelter Hinsicht verstümmelt:

a) Da die Verantwortlichkeit des Verwalters für casus bei der Ausleihung der gemeinen Lehre nicht passt, so hat man in die letztere Stelle willkürlich die Voraussetzung hinzuinterpretirt,

dass der Vormund nur für die schuldhaft kontrahirten Forderungen verantwortlich sei; davon findet sich in der Stelle keine Spur, ebenso wie in der l. 11 § 1 cit. Vielmehr sollten darnach nach früherem Rechte die nomina salva dem Mündel gehören, die übrigen dagegen (deperdita — der Schuldner ist später insolvent geworden; male contracta — das Kreditgeschäft war von vornherein missglückt) dem periculum tutoris verbleiben. Nach Vorgang von Marcellus hat man aber nachher ein besseres, den Vormund weniger abschreckendes Recht geschaffen. Wenn der Vormund das Kapital in mehrere Kreditforderungen vertheilt hat, so ermässigt sich die Gefahr dahin, dass der Verlust aus missglückten Geschäften durch den Gewinn aus gelungenen gedeckt wird. Zum Schutz des Unmündigen genügt es, dass er die Auswahl hat, ob er das ganze System der sich gegenseitig versichernden nomina übernimmt, oder dieses System im Ganzen dem Vormund belässt. Im letzteren für den Vormund eventuell unangenehmen Falle ist das periculum jedenfalls gemildert und zum Theil oder ganz durch den Gewinn aus den gelungenen Geschäften neutralisirt. Dieses vernünftige Recht hat man nun durch die erwähnte hinzuinterpretirte Voraussetzung in ein ausserordentlich schlechtes Recht verwandelt. Nicht nur entzieht man dem Vormund die Motive, mit den Summen des Mündels auch dann äusserst vorsichtig und geschickt vorzugehen, wenn der Nachweis der culpa ausgeschlossen ist, sondern man demoralisirt ihn dadurch, dass man ihm in gewissen Grenzen die Interessen des Mündels ganz offen zu vernachlässigen erlaubt. Nachdem z. B. der Vormund 10 000 durch gelungene Kreditgeschäfte gewonnen hat, kann er ganz ruhig 10 000 durch eine culpa entgehen lassen. Schade, dass man nicht konsequent vorgegangen ist und ausdrücklich behauptet hat, dass der Vormund auch seinen dolus durch den Gewinn aus nützlichen Geschäften decken darf. Dann hätten gewiss die vorsichtigeren Juristen bemerkt, wohin ein solches Recht abzielt, und man unterliesse am Ende gänzlich das Hinzudenken desjenigen, was den Quellen widerspricht.

b) Ausserdem hat man zu dem Inhalt der Stelle ebenso willkürlich hinzuinterpretirt, dass der Vormund die landesüblichen Zinsen zahlen muss, wenn ihm das ganze System der Kreditgeschäfte auf seine Verantwortlichkeit überlassen wird. In der Stelle ist dies mit Recht gar nicht bestimmt. Der Satz widerspräche dem Grundsatz, dass der Vormund keine usurae perci-

piendae zahlt, falls er keine occasio bene faenerandi finden konnte. Wenn der Vormund, wie die Stelle voraussetzt, das Kapital an verschiedene Leute ausgeliehen hat, so konnte er dasselbe an andere nicht mehr ausleihen, also keine anderen Zinsen gewinnen, als welche thatsächlich gewonnen sind. Diese verbleiben aber nach der Stelle dem Vormund zur Deckung des Verlustes aus missglückten Geschäften. Dies ist auch in der l. 7 § 6 eod. ausgesprochen:

Si tutor pecuniam pupillarem suo nomine faeneravit, ita demum cogetur usuras quas percepit praestare, si suscipiat pupillus ceterorum nominum periculum.

Hier ist nur der Endsatz der l. 16 eod. nicht zu vergessen: „idem est et si pupilli nomine credidisset.“

6. Usurae als praemium periculi. Paulus (S. I, 4, 3 oben S. 194) sagt, dass derjenige, welcher pecuniae negotium gerat, die Zinsen prästiren und die Gefahr der von ihm geschlossenen Kreditgeschäfte tragen muss; dazu bemerkt er: hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit, d. h. er behauptet, dass dieser Satz im Allgemeinen im Gebiete der bonae fidei iudicia anerkannt ist. Indessen scheint er dadurch seiner Regel eine zu allgemeine Gestalt zu geben. Es giebt Fälle, in welchen eine Ausnahme nothwendig und, wie es scheint, durch das römische Recht anerkannt ist. Man kann nämlich das periculum nominis nicht demjenigen auferlegen, welcher das nomen nach bestimmten Instruktionen geschlossen hat. Wenn z. B. der Geschäftsherr Jemanden beauftragt, sein Geld bei dem X. verzinslich anzulegen, so kann man dem Mandatar unmöglich die Gefahr des Geschäftes auflegen. Die Bedeutung der Verantwortlichkeit für casus seitens des Verwalters von fremden Geldsummen besteht eben darin, dass dieser zur grossen Vorsicht und geschicklichen Auswahl der Art der verzinslichen Anlage, der kreditwürdigen Personen und zur Vermeidung der nicht nachweisbaren Unredlichkeit wirksam angespornt wird. Wenn aber der Verwalter durch spezielle Instruktionen in seiner Auswahl beschränkt ist, so verfehlt die Auferlegung der Gefahr ihren civilpolitischen Sinn. Noch mehr, sie gewinnt eine positiv schädliche Bedeutung. Denn derjenige, welcher die Instruktion ertheilt, gewinnt über den Verwalter eine grosse Gewalt und im Falle seiner Unredlichkeit eine Stütze zur Ausbeutung und ökonomischen Unterdrückung der Gegenpartei. Wenn wir z. B. annehmen, dass ein socius oder mandatarius, welcher die Instruktionen der Gesellschaft

resp. des Auftraggebers bei der Verwaltung befolgen muss, nach einem hypothetischen positiven Civilrecht die Gefahr der nomina trägt, so gewinnt der Auftraggeber (oder die übrigen socii) Motive, diejenige Art der verzinslichen Anlage dem Verwalter aufzuerlegen, bei welcher die höchsten Zinsen gewonnen werden können, d. h. diejenige, bei welcher das Kapital ceteris paribus, wie die Erfahrung lehrt, der höchsten Gefahr unterworfen wird. Der Auftraggeber könnte auch zwar nicht aus Eigennutz, sondern aus Gefälligkeit gegen einen Freund die verzinsliche Anlage bei diesem seinem Verwalter empfehlen, obgleich er weiss, dass sein Freund insolvent ist. Wenn also ein Civilrecht den nach speziellen Instruktionen handelnden Verwalter die Gefahr der Anlage tragen liesse, so würden die vorsichtigen Leute sich vor der Uebernahme der Verwaltung wohl hüten, und wenn Jemand aus Leichtsinn, Gefälligkeit oder Rechtsunkenntniss den Auftrag übernommen hätte, so könnte er zum Opfer der schändlichsten Ausbeutung werden.

Darum können wir vom civilpolitischen Standpunkt folgende Postulate aufstellen:

a. Wer das fremde Geld verzinslich austhut und dabei die Freiheit der Auswahl von kreditwürdigen Personen oder Anstalten hat, haftet für die culpa und casus bis zur Grenze der vis maior (Freiheit von der Zinsenpflicht, wenn der Verwalter keine sichere occasio faenerandi findet, Versicherung durch die Theilung des Kapitals).

b. Wer an die Instruktionen gebunden ist, haftet nur für culpa.

Nach diesen Postulaten würden wir nicht nur dem neg. gestor, sondern auch dem mandatarius und dem socius das periculum auferlegen, wenn diese Personen im konkreten Falle an keine einschränkenden Instruktionen gebunden sind. — Ob das römische Recht die Frage ebenso geregelt hat, ist mit Sicherheit nicht zu entscheiden. Es scheint vielmehr, dass es den Mandatar und Socius immer nur für culpa haften liess. Im praktischen Leben hat sich eben kein dringendes Bedürfniss geltend gemacht, den Beauftragten oder den socius für den casus haften zu lassen. Im gewöhnlichen Falle werden diesen Personen bestimmte Instruktionen ertheilt; für die Ausnahmefälle, in welchen der socius oder mandatarius nach freiem Ermessen handelt, hat man nicht für nöthig erachtet, besonders zu sorgen, weil es immer von dem Willen des Geschäftsherrn abhängt, eine solche Freiheit nicht zu gewähren, wenn sie

ihm als bedenklich erscheint. In Bezug auf das mandatum und die societas haben wir zwei Stellen, aus welchen es sich per arg. a contr. ergiebt, dass der socius und mandatarius vom periculum frei sind, und welche zugleich höchst eigenthümliche Bestimmungen über die usurae perceptae enthalten. — Vom Beauftragten heisst es:

Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. et Labeo scribit restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret, quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati (l. 10 § 8 D. mand. 17, 1).

Mit Sicherheit folgern wir aus der Entscheidung, dass der Beauftragte, welcher das Geld des Auftraggebers an eine von diesem gewählte Person leiht, vom periculum frei ist. Nicht so sicher, aber doch wahrscheinlich erscheint der allgemeine Schluss, dass der Beauftragte überhaupt bei der verzinslichen Anlage des Geldes nicht für casus haftet.

Was die Entscheidung über die usurae perceptae anbetrifft, so kann ihre Tragweite gleichfalls mit Sicherheit nicht festgestellt werden, weil die species facti nicht ganz bestimmt angegeben ist. Am leichtesten wäre die Entscheidung dann zu erklären, wenn folgende species facti gemeint ist. Der Beauftragte hat dem Auftraggeber mitgetheilt, dass er nicht, wie ursprünglich verabredet wurde, dem Titius ein Darlehen ohne Zinsen gewähren will, sondern vielmehr die Zinsen für sich stipuliren, dafür aber die Gefahr des ganzen Geschäftes übernehmen wird; der Auftraggeber hat zugestimmt. Wenn wir uns so den Thatbestand denken, so erklärt sich die Ueberlassung der Zinsen an den Beauftragten einfach aus dem Willen des Auftraggebers und ist ganz selbstverständlich.

Indessen erregt eben dieser selbstverständliche Inhalt der Entscheidung bei der vorausgesetzten species facti starke Zweifel, ob dort nicht vielmehr ein anderer Thatbestand gemeint ist. Wir müssen eher voraussetzen, dass der Beauftragte einseitig, d. h. ohne Zustimmung des Auftraggebers die Gefahr und den Gewinn aus dem Kreditgeschäfte auf sich übertragen kann. Wenn dies aber richtig ist, so scheint die Entscheidung im schroffen Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz zu stehen, dass der Beauftragte den ganzen Gewinn (omne lucrum) aus dem verwalteten Vermögen restituiren muss. Besonders auffallend erscheint dieser

Widerspruch, wenn wir berüchsicktigen, dass in derselben Stelle im § 3 Folgendes ausgeführt wird:

Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. sed et si pecuniam meam faenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcumque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non, q u i a b o n a e f i d e i h o c c o n g r u i t, n e d e a l i e n o l u c r u m s e n t i a t.

Höchst merkwürdig! Oder sind vielleicht die Zinsen im § 3 als lucrum ex re aliena, im § 8 als solches nicht zu betrachten?

Eine ebenso merkwürdige Entscheidung ist in der l. 67 § 1 D. pro socio 17,2 enthalten:

Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.

Also auch der socius, welcher nach allgemeinen Grundsätzen alles lucrum ex re communi mit den anderen socii zu theilen hat, behält die Zinsen, als ob sie kein lucrum ex re communi wären, wenn er das Kreditgeschäft auf seine Rechnung abgeschlossen hat.

Zur richtigen Würdigung der beiden eigenthümlichen Erscheinungen ist zu bemerken: In Bezug auf die anderen Einkünfte vom Kapital, z. B. die Miethszinsen von einem Hause, wären solche Entscheidungen ganz widersinnig. Es würde keinem Verwalter einfallen, die vom fremden Hause gewonnenen Miethszinsen aus dem Grunde zu beanspruchen, weil er auf seine Gefahr und Rechnung die Vermiethung vorgenommen hat. Ebenso sonderbar erschiene es, wenn jetzt ein Gesellschafter das gemeinsame Geld auf seinen Namen in einer Bank oder in einer Sparkasse und dgl. verzinslich angelegt hätte und die Zinsen aus dem Grunde behalten wollte, weil er die Gefahr der Ausleihung getragen habe. Wir glauben, dass jeder vernünftige Richter ihn mit solchen unverschämten Begründungen trotz der l. 67 § 1 cit. abweisen wird. Die Zinsen bilden jetzt ein sicheres Einkommen vom Geldkapital, welches ohne jede nennenswerthe Gefahr gewonnen werden kann. Sie bilden jetzt keinen Glücksgewinn, kein praemium periculi. Die beiden besprochenen Quellenentscheidungen sind eben ein Zeugniss für die römischen Kreditverhältnisse und zwar eine exorbitante Konsequenz der Unsicherheit des römischen Kredites. Ebenso wie

wir jetzt den Gewinn in der Lotterie oder im Kartenspiel als einen persönlichen Glücksgewinn betrachten und ihn nicht demjenigen zurückgeben lassen, dessen Mittel zum Spiel gebraucht wurden, ebenso figuriren die Zinsen in den beiden Entscheidungen nicht als ein ordentliches lucrum ex re aliena, sondern als persönliche praemia periculi. Die Gesellschafter oder der Mandant haben oft die Sicherheit des Kapitals der Zinsengewinnung vorgezogen. Wenn nun der Mandatar oder der verwaltende Socius diese Sicherheit gewährte, weil er das Kapital auf seine Verantwortlichkeit übernahm, so sah man darin nichts Besonderes, wenn er für dieses Wagniss etwas gewinne. Man überliess einem Anderen, was man selbst nicht riskiren wollte.

Wenn wir die Ergebnisse unserer Untersuchung über die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechtes über die Zinsen als Früchte mit den in diesem Kapitel angeführten Entscheidungen zusammenstellen, so ergiebt sich:

Vom social-wirthschaftlichen Standpunkt waren in Rom die durch Benutzung der Kreditgeschäfte gewinnbaren Zinsen weder ein so sicheres und regelmässiges Einkommen wie jetzt, noch ein reiner Glücksgewinn, ein praemium periculi, wie in unserem hypothetischen Lande, in welchem wir eine ausserordentliche Unsicherheit der Kredit- und Socialverhältnisse vorausgesetzt haben, oder wie jetzt der Gewinn aus der Wette, dem Kartenspiel oder aus den Börsenspekulationen. Sie bildeten vielmehr ein Mittelding zwischen unseren modernen sicheren fructus pecuniae und dem persönlichen Glücksgewinn, welcher nicht nur kein fructus, sondern auch nicht lucrum ex re ist. Das praktische Recht kann nicht in jedem konkreten Falle analysiren, inwiefern in den gewonnenen Zinsen ein praemium periculi (Versicherungsprämie) und inwiefern darin ein ordentliches lucrum ex re enthalten ist. Das römische Recht hat vielmehr die Zinsen in der überwiegenden Anzahl der Verhältnisse als fructus, welchen sie sich mehr näherten, in einigen Fällen als aleatorischen Gewinn behandelt, je nach dem praktischen Bedürfniss. Als praemium periculi treten die Zinsen in den beiden oben angeführten Entscheidungen über den socius und mandatarius und in den Fällen der Versicherung der nomina untereinander hervor. Sonst werden sie als gewöhnliche fructus behandelt. Die Unsicherheit dieser Art des Einkommens wurde indessen auch hier

durch Aufstellung besonderer Regeln über die Verwaltung von Geldsummen praktisch berücksichtigt (verschiedene Fälle der iusta causa depositionis pecuniae, Verantwortlichkeit des Verwalters für das periculum). Daraus ersehen wir, dass die beiden allgemeinen theoretischen Aussprüche der Quellen über die Zinsen als Früchte:

1. Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari (l. 34 D. de usur. vgl. oben S. 176).
2. Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est . . . (l. 121 D. de V. S. vgl. oben S. 177). —

falsch sind. Beide entsprechen dem wirklichen Rechte nicht. Alle in der Geschichte unserer Wissenschaft vorgekommenen Versuche, den Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen zu beseitigen, mussten fehlschlagen, weil ein Theil dieser Versuche davon ausging, dass die Wahrheit in der ersteren Stelle, der andere Theil davon, dass die Wahrheit in der zweiten Stelle ausgesprochen ist. Alle Versuche zielten dahin, zu zeigen, dass die Stellen nur anscheinend einander widersprechen. Wir brauchen uns nicht mit der Kritik verschiedener künstlicher Interpretationen zu beschäftigen. Wir erkennen den Widerspruch der beiden Aussprüche unter einander und mit dem positiven Recht an. Zugleich haben wir aber den Schlüssel zur Lösung des Räthsels, wie die römischen Juristen so widersprechende Urtheile über das Wesen der Zinsen aussprechen konnten, in der Hand. Die geschichtliche Ursache solcher widersprechenden Urtheile besteht darin, dass die Zinsen in der That bald als fructus, bald als nicht fructus behandelt wurden. Wenn die modernen Theoretiker die Zinsen bald zu den fructus rechnen, bald aus der Kategorie des lucrum ex re ausschliessen, je nachdem sie mit diesem oder jenem Rechtsgebiete zu thun haben, wie können wir uns wundern, dass die römischen Juristen, welche in der Kunst der theoretischen Analyse und Abstraktion viel weniger vorgeschritten waren, in dieselben Fehler verfielen? Die beiden Verfasser der berühmten Aussprüche haben unvorsichtige Abstraktionen gebildet. Ulpian hat in der l. 34 de usuris an die Behandlung der Zinsen während des Verzuges und Prozesses [1] gedacht; in diesem Rechtsgebiete werden aber die Zinsen immer den Regeln über die fructus unterworfen. Daher spricht er ganz allgemein aus, dass die Zinsen von den Früchten nicht zu scheiden sind.

---

1) Was aus der Erwähnung der Legate und Fideicommisse ersichtlich ist.

Pomponius hat in der l. 121 D. de V. S. einen Fall erörtert, wo die Zinsen nicht wie die übrigen Früchte dem Eigenthümer des Kapitals zu restituiren sind, sondern dem Gewinnenden verbleiben, und darum hat er ausgesprochen: Usura in fructu non est. Dafür sprechen nicht nur die allgemeinen Wahrscheinlichkeitsgründe, sondern auch speziell die theoretische Erklärung, welche er seinem Ausspruch hinzufügt: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione. Diese Erklärung scheint prima facie ganz sonderbar zu sein. Damit ein Gewinn als lucrum ex re und insbesondere als fructus erscheine, braucht er nicht der Sache körperlich zu entstammen (pensiones, vecturae iumentorum etc.). Nicht Alles, was durch eine besondere obligatio, negotiatio gewonnen wird, scheidet aus der Kategorie des lucrum ex re ipsa aus. Um zu erkennen, welcher vernünftige Sinn sich unter dieser ungeschickten theoretischen Begründung versteckt, müssen wir eine andere Stelle hinzuziehen, welche einen analogen Ausspruch enthält. Dies ist die berüchtigte l. 21 D. de H. v. A. V. 18, 4 von Paulus über den doppelten Verkauf einer und derselben Sache. Dort heisst es:

si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem.

Thatbestand: Jemand hat zwei Personen hintereinander eine und dieselbe Sache verkauft und den Preis von dem zweiten Käufer bekommen; die Sache wurde keinem von den beiden Käufern übergeben, weil sie zufällig nach dem Abschluss der beiden Kaufgeschäfte und vor der Uebergabe untergegangen war.

Rechtsfrage: Kann der erste Käufer den durch zweiten Verkauf erzielten Kaufpreis beanspruchen?

Ueber die praktische Entscheidung von Paulus und über die Ansprüche der successiven Käufer und des Verkäufers im Allgemeinen, sowie über die theoretische Begründung der Entscheidung ist eine so grosse und widerspruchsvolle Literatur entstanden, dass wir hier unmöglich alle Ansichten anführen und kritisiren können.[1] Fast alle Schriftsteller, welche sich mit der

1) Vgl. Windscheid II § 390 N. 17, N. 15. Dernburg II § 96 N. 4.

Stelle befasst haben, stellen eine eigene Entscheidung auf, welche ihrem „Rechtsgefühl“ oder ihren Konstruktionsansichten entspricht, keineswegs aber in der Stelle ausgesprochen ist. Anstatt zu künstlicher Interpretation und willkürlichen Unterscheidungen zu greifen, wollen wir einfach das in der Stelle Ausgesprochene konstatiren, dabei aber die positive Entscheidung von der theoretischen Motivation scheiden und beide nicht weg- oder umdeuten, sondern auf ihren Werth prüfen.

Praktische Entscheidung der Stelle lautet: der Verkäufer ist dem ersten Käufer den vom zweiten Käufer gewonnenen Preis auszuliefern nicht verpflichtet. Die Thatsache des zweiten Verkaufes ist ganz gleichgültig (et sic sit, quasi alii non vendidissem). Wenn das vendidisse alii ohne Bedeutung ist, so erweist es sich, dass der Verkäufer im Falle des doppelten Verkaufes und des zufälligen Untergangs der Waare zwei Kaufpreise gewinnt, ohne den beiden Käufern zu irgend welchen Entschädigungen auf Grund des Doppelverkaufes an sich verpflichtet zu sein. Dieses Ergebniss entspricht nun dem Rechtsgefühl der modernen Theoretiker nicht, darum suchen sie auf verschiedene Weise dem Verkäufer einen so „offenbar unverdienten“ Gewinn zu entziehen. So z. B. sagt darüber Ihering (Jahrb. B. III S. 456): „Der Widerspruch, in den dieses Resultat mit den einfachsten Anforderungen des Rechtsgefühls tritt, liegt auf der Hand, und ich stimme ganz dem scharfen Urtheil bei, welches Mommsen darüber fällt. Aber wie ihm auszuweichen?“

Theoretische Begründung von Paulus zu diesem anscheinend so wenig sachgemässen Rechte lautet:

1. „tibi enim rem debebam non actionem.“ Der Käufer hat die gekaufte Sache, nicht aber die von dem zweiten Käufer erworbene Preisforderung zu beanspruchen. Da die Sache zufällig untergegangen ist, so ist der Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen von seiner Verpflichtung befreit. Wenn der unglückliche Zufall die Sache nicht betroffen hätte, so würde der Käufer sich nicht mit der Preisforderung aus dem zweiten Verkauf anstatt der Sache haben begnügen müssen, sondern er würde immer doch die Sache und im Falle der Nichtleistung den vollen Schadensersatz beanspruchen, d. h. vielleicht viel mehr als den durch den zweiten Verkauf erzielten Preis. Diese vollkommen begründete und allgemein anerkannte Regel muss der Käufer nicht nur dann anerkennen, wenn sie für ihn vortheilhaft, sondern auch dann, wenn sie

ihm, wie im betreffenden Fall, unbequem ist. Das die Ansprüche des Gläubigers an den Schuldner ordnende Recht existirt nicht dazu, um vom Gläubiger nach seinen Wünschen im konkreten Falle anerkannt oder nicht anerkannt zu werden.

2. „pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur.“ Könnte der Käufer vielleicht aus anderem Grunde den erzielten Preis fordern? Da die Sache zufällig untergegangen ist, so kann er nicht mehr die Sache, wohl aber das lucrum fordern, welches der Verkäufer von jener vor dem Untergang gewonnen hat, z. B. Früchte, die durch den verkauften Sklaven erworbenen Legate etc. Vielleicht gehört auch der durch den zweiten Verkauf erzielte Preis zum lucrum ex re. Dieses lucrum wird nicht anstatt der Sache, sondern neben der Sache gefordert. Der Satz also, wonach der Käufer die Sache selbst, aber nicht Etwas anstatt derselben zu fordern hat, entscheidet noch nicht, dass der Käufer den Preis, als den Gewinn aus der Sache, nicht zu fordern hat. Hier sagt der Käufer nicht, dass er anstatt des Kaufgegenstandes lieber die Preisforderung oder das gezahlte pretium erhalten will. Er erkennt vielmehr an, dass seine Hauptforderung in eine Null verwandelt ist; er hat aber eine Nebenforderung auf den durch die Sache hinterlassenen Gewinn. Auch von diesem Gesichtspunkt aus entscheidet Paulus, dass der Käufer nicht den Preis zu fordern hat, weil der Preis kein lucrum ex re, sondern ein lucrum propter negotiationem sei.

Diese Begründung nun ist nicht nur dem Wortlaute nach der Begründung von Pomponius, warum die Zinsen keine Früchte seien, ähnlich, sondern sie enthält auch denselben gesunden Gedanken.

Ebenso wie die Zinsen unter Umständen nicht als fructus rei, als ein ordentliches lucrum ex re, behandelt werden, ebenso muss man über den Erlös einer schon verkauften Sache entscheiden. Dieser ist ein persönlicher Glücksgewinn, ein Gewinn, welcher nur zufällig aus dem gewagten Geschäfte folgt; es wäre eine ebenso schädliche Ueberspannung der kapitalistischen Idee, wenn der Käufer einer Sache nicht nur die ordentlichen Gewinne aus derselben fordern könnte, sondern auch die Gewinne, welche durch einen zweiten, dritten etc. Verkauf derselben Sache erzielt sind, als wenn der Gläubiger einer Sache auch den Gewinn aus der Wette forderte, bei welcher die Sache als Einsatz fungirte. Der doppelte Verkauf bringt dem Verkäufer gewöhnlich Schaden, nicht

aber Nutzen. Er kann nicht alle Käufer befriedigen und muss vollen Schadensersatz zahlen. Der doppelte Verkauf ist kein normales Gewinngeschäft, sondern vielmehr ein Wagniss, welches mehr Chancen für den Schaden als für den Gewinn bringt. Im Falle des zufälligen Unterganges der Sache freilich bleibt dem Verkäufer ein Gewinn; ebenso kann man aber eine fremde Sache einige Male zum Spieleinsatz machen, das zweifache oder mehr ihres Werthes gewinnen und dem Eigenthümer nichts ersetzen. Solche Gewinne sind eben keine normalen Gewinne vom Kapital, und der Berechtigte kann sie nicht beanspruchen. Das praktische Ergebniss, dass der Verkäufer zwei Preise gewinnt, verletzt das Rechtsgefühl der modernen Juristen, besonders wenn man an den Fall denkt, dass der Verkäufer durch den zweiten Verkauf eine nach den Umständen des Falles unredliche Manipulation begangen hat. Vom Standpunkt bewusster Civilpolitik ist im Gegentheil zu behaupten, dass bei einem solchen Falle die Entscheidung von Paulus noch mehr gerechtfertigt ist, als in dem Falle, wenn dem Verkäufer keine zu missbilligenden Absichten vorzuwerfen sind. Denn der Satz, dass der Gläubiger oder der Eigenthümer des Kapitals die durch den Verpflichteten mittelst der Sache durch unredliche Manipulationen erworbenen Gewinne nicht fordern darf, und seine Verpflichtungen an den Schuldner doch erfüllen muss, hat eine noch tiefere civilpolitische ratio für sich, als der Satz über die aleatorischen Gewinne. Sonst hätte der Käufer einer Sache ein Interesse daran, dass die gekaufte Sache zu unredlichen Manipulationen gebraucht werde. Es wäre auch äusserst anstössig, wenn der Eigenthümer oder der Gläubiger des Kapitals sich zum particeps doli durch die Inanspruchnahme des unredlichen Gewinnes öffentlich im Gerichte aufdrängte. Man kann sich gewiss darüber nicht freuen, dass Jemand, welcher mit fremdem Gelde Wucher treibt, die wucherischen Zinsen behält, während der anständige Verwalter fremden Geldes, welcher nur reelle Kreditgeschäfte schliesst, allen Gewinn herausgeben muss. Ebensowenig ansprechend ist der Satz, dass der Erbe, welcher die überschuldete Erbschaft einem Dritten gegen guten Preis verkauft, d. h. diesen übervortheilt hat, diesen Gewinn aus seiner Unredlichkeit oder aus der stultitia emptoris, wie die Quellen sich ausdrücken (l. 3 pr. D. ad l. Falc. 35, 2) behält, während er einen normalen Gewinn ex bonis defuncti den Legataren prästiren müsste,

oder dass der socius omnium bonorum allen redlichen Gewinn mit den socii theilen muss, dagegen:

Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est (l. 53 D. pro socio 17, 2).

Allein dies sind alles nothwendige Folgen der sehr gesunden Politik, welche dahin geht, dass durch die Unredlichkeit eines Menschen nicht andere angesteckt werden, dass die Parteien aus der Unredlichkeit ihrer Gegenparteien keinen Vortheil ziehen und darauf nicht spekuliren. Wenn Jemand mit fremder Sache unredliche Manipulationen macht, so muss man diese Unredlichkeit auf jede andere Weise verfolgen, nicht aber dadurch, dass man den zweifelhaften Gewinn dem Eigenthümer der Sache oder dem Gläubiger zurückerstatten lässt oder den Gläubiger von seinen Verpflichtungen an den Schuldner befreit.

Wenn also Pomponius und Paulus dem lucrum ex re ipsa das lucrum „propter negotiationem", „ex alia obligatione" entgegensetzen, so soll man nicht, wie es die herrschende Meinung nach Iherings und Mommsens Vorgang annimmt, die Gewinne aus den Rechtsgeschäften über die Sache überhaupt dem lucrum rei entgegensetzen, sondern nur gewisse Gewinne aus Rechtsgeschäften, nur die unsoliden Gewinne, nur die Gewinne aus denjenigen Rechtsgeschäften, welche wirthschaftlich unsolid (aleatorisch) oder sittlich verwerflich sind.

Wenn wir die Einwirkung des mangelhaften römischen Kreditwesens auf den Zinsenersatz nach den allgemeinen Kategorien der Zinsenersatzarten überblicken, so ist zu bemerken:

1. Die Unsicherheit des Kredites hat keinen Einfluss auf den Ersatz der Zinsen als fingirten Einkommens gehabt.

Selbstverständlich, denn das fingirte Einkommen wird nicht durch Kreditgeschäfte gewonnen, sondern durch den Verbrauch des Geldes in eigener Wirthschaft, was mit der Sicherheit des Kredites nichts zu schaffen hat.

2. Für die geopferten Zinsen konnte die Beschaffenheit des Kredites auch keine Bedeutung haben, weil derjenige, welcher eine Geldsumme opfert, dieselbe auf jede andere Weise, als durch die Ausleihung, nutzbar machen könnte.

Wenn er die Summe gerade durch diese nutzbar machen

würde, so ist anzunehmen, dass er auch eine sichere Anlage fände, denn der Gebrauch seines Geldes steht ihm frei. Er wählt die Ausleihung, wenn er dieselbe für die beste Anlage betrachtet.

3. Dasselbe gilt für die entzogenen Zinsen. Bei rechtzeitiger Leistung ständen dem Gläubiger unzählige Wege der Nutzbarmachung der Geldsumme offen.

4. Also nur im Gebiete der usurae perceptae und percipiendae hat man für die Zinsen in gewissen oben dargestellten Hinsichten andere Regeln als für die fructus percepti und percipiendi aufgestellt (iustae causae depositionis, periculum nominum, usurae als praemium periculi).

Vielleicht ist zum Theil den Eigenthümlichkeiten des römischen Kreditwesens auch die Thatsache zuzuschreiben, dass man die stricti iuris iudicia nicht in der Weise reformirt hat, dass auch die Zinsen berücksichtigt werden könnten. Man wollte dem Berechtigten mehr die Sicherheit und Schnelligkeit der Geltendmachung des Kapitalanspruches (grössere Liquidität) sichern, als den Prozess wegen des unsicheren Gewinnes der Zinsen durch die Berechnung derselben und die Beurtheilung der Verwaltung der Geldsumme verschleppen und die Wiedererlangung des Kapitals auf diese Weise unsicherer machen.

Voraussetzungen der Zinsenersatzpflicht.

§ 19. A. Bei welchen Gütern findet der Zinsenersatz statt (Kapital- und Einkommensgüter)?

Der Idee, auf welcher die Eintheilung der Güter nach ihrem Verhältniss zum wirthschaftenden und erwerbenden Menschen in Kapital und Einkommen beruht, entspricht der Satz, wonach nur die Einkünfte von den Kapitalgütern, nicht aber von den Einkommensgütern prästirt werden. Die Kapitalgüter sind eben Produktions- und Erwerbsmittel. Das Einkommen bildet dagegen für den Menschen seinen Konsumptionsfond. Mit anderen Worten: nur die Kapitalgüter sind als Quelle des Gewinnes anderer ökonomischer Güter zu betrachten. Indessen begingen wir einen logischen Fehler, wenn wir auf Grund der Begriffe Kapital und Einkommen (ihrer Analyse) behaupten möchten, dass der civilrechtliche Grundsatz, wonach nur die fructus rei (d. h. des Kapitals) prästirt werden, begrifflich nothwendig und dass ein entgegengesetzter Satz undenkbar sei. Es ist nämlich nicht ausser Acht zu lassen, dass die Eigenschaft der Einkommensgüter als Konsumptionsfonds keine objektive Qualität des Gutes ist, sondern nur die gewöhnliche Zweckbestimmung desselben seitens des wirthschaftenden Subjektes bedeutet. Dieses kann aber das Einkommen nicht konsumiren, sondern in Kapital verwandeln, d. h. dasselbe als Erwerbsmittel weiter gebrauchen (Kapitalisation des Einkommens). Ein Civilrecht, welches die kapitalistischen Grundsätze scharf und konsequent durchführen möchte, könnte bestimmen, dass der Kapitalberechtigte vom Inhaber seines Kapitals nicht nur das davon gewonnene Einkommen fordern kann, sondern auch dasjenige, was durch die Kapitalisation dieses Einkommens gewonnen werden

könnte. Es wäre z. B. eine konsequente Durchführung der Grundsätze des Interesseersatzes, wenn der Gläubiger, welcher 1000 als Kapital und 300 als Einkommen fordert und rechtzeitig nicht befriedigt wird, die Verzugszinsen von 1300 zu fordern Recht hätte und zwar aus dem Grunde, dass er die ganze Summe 1300 bei rechtzeitiger Leistung als Erwerbsmittel gebrauchen und z. B. 50 davon gewinnen könnte. Wenn dann der zur Zahlung von 1000 + 300 + 50 = 1350 verurtheilte Schuldner noch die Befriedigung verzögerte, so würde der Gläubiger dann sagen, dass er im Falle rechtzeitiger Erfüllung des Urtheiles 1350 als Erwerbsmittel gebraucht hätte und davon 55 gewinnen könnte, dass der Schuldner also bis jetzt ihm 1405 zu leisten habe. Oder wenn ein Verwalter fremden Vermögens nach 5 Jahren der Verwaltung Rechenschaft giebt und es sich erweist, dass er durch seine Schuld im ersten Jahre um 10 000 weniger Einkommen gewonnen hat, so würde der Geschäftsherr berechnen, dass die verlorene Summe 10 000 nach einem Jahre 500 bringen könnte, dass dann die Summe 10 500 im nächsten Jahre sich in 11 025 verwandeln könnte u. s. w. Zwar ist es klar, dass das Civilrecht, welches dies erlaubte, die Macht des Kapitalisten zur erdrückenden und schnell wachsenden Last für die ihr unmittelbar Unterworfenen gemacht hätte; wir könnten aber nicht sagen, dass es etwas begrifflich Unmögliches bestimmt; Juristen, welche im Recht nur nach der Konsequenz der juristischen Grundsätze suchen möchten und nur über diese sich freuten, würden vielmehr ein solches Recht als ein besonders konsequentes begrüssen müssen. Ebenso müssten wir ein solches Recht erstreben, wenn wir als Zweck des Privatrechtes den möglichst vollkommenen Schutz der Privatinteressen der Eigenthümer, der Gläubiger und anderer Berechtigten betrachten. Das von uns als möglich vorausgesetzte Recht gewährt dem Berechtigten einen vollkommenen Schutz gegen Verletzung seiner Interessen (z. B. durch die culpa, mora), es hat zum Ideal den konsequenten Kampf um's Recht, auch wenn dieser Kampf den Mitmenschen Unglück und Verzweiflung bringen sollte.

Wir werden uns auch überzeugen, dass der Entwurf die Macht des Gläubigerrechtes in der uns interessirenden Hinsicht ganz konsequent durchgeführt hat. Das römische Recht ist dagegen weniger konsequent, weniger kapitalfreundlich und weniger menschenfeindlich. Darnach erhält der Gläubiger nach dem Verzug nicht den vollen Schaden ersetzt, denn er bekommt keinen Ersatz für den Gewinn, welchen er aus der ihm geschuldeten Summe des Ein-

kommens gewinnen könnte. Ebenso bezahlt der Schuldner nur die fructus percipiendi, nicht aber die Einkünfte, welche die Summe dieser fructus percipiendi bringen könnte; im Allgemeinen findet nach dem römischen Recht keine Kapitalisation des Einkommens statt.

Ex duobus tutoribus pupilli altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui supererat ex persona pupilli sui iudice accepto consecutus est cum usuris, quantum ex tutela ad tutorem defunctum pervenerat: quaesitum est, iudicio tutelae quo experitur pubes factus utrum eius tantum portionis, quae ab initio quod ex tutelae ratione pervenerat ad defunctum contutorem, usurae veniant, an etiam eius summae, quae ex sortis usuris pupillo aucta post mortem eius ad superstitem aeque cum sorte translata sit aut transferri debuit. respondit, si eam pecuniam in se vertisset, omnium pecuniarum usuras praestandas: quod si pecunia mansisset in rationibus pupilli, praestandum, quod bona fide percepisset aut percipere potuisset, sed, faenori dare cum potuisset, neglexisset, cum id, quod ab alio debitore nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit totum sortis vice fungitur vel fungi debet (l. 58 § 1 D. de adm. et per. 26, 7).

Die Verwaltung geht von einem tutor auf den anderen über. Der nachfolgende tutor erhält dabei die Summe des Kapitals und der Zinsen, welche der erstere tutor geschuldet hat. Es fragt sich, ob der zweite tutor die Zinsen von der ganzen in seine Hände übergegangenen Summe zu zahlen hat oder nur von derjenigen Summe, welche dem ersteren tutor gegenüber als Kapital galt. Die Entscheidung lautet, dass die ganze Summe im Verhältniss zum zweiten tutor als Kapital gilt und daher von der ganzen Summe die usurae zu zahlen sind. Daraus ist zu schliessen, dass der tutor von derjenigen Summe, welche er selbst nicht als sors, sondern als usurae prästirt, keine Zinsen bezahlt. Warum die Summe der vom ersteren tutor geschuldeten Zinsen dem nachfolgenden tutor gegenüber als sors gilt, wissen wir schon aus dem Begriffe des Einkommens. Dieses bilden die periodischen Einnahmen, welche Jemand in Folge des Habens eines Kapitals gewinnt. Der nachfolgende tutor hat aber die vom ersteren tutor geschuldete Summe der Zinsen nicht periodisch und nicht in Folge der Verwaltung eines Kapitals gewonnen (Band I §§ 2. 3).

Dasselbe bezeugt die l. 58 § 4 eod.:

Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores

debuerunt, cum ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras debere curatores incipiant. respondit omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur.

Auf die Frage, ob die curatores die Zinsen von den von ihren Vorgängern in der Verwaltung mit dem Kapital geleisteten Zinsen zu zahlen haben, antwortet der Jurist einfach dadurch, dass die Summe, welche bei den Vorgängern als Einkommen galt, bei den curatores sors efficitur. Es galt also als selbstverständlich, dass vom Einkommen keine Zinsen zu zahlen sind, wohl aber vom Kapital. Von der Summe, welche den curatores gegenüber nicht als sors gilt, sind keine Zinsen zu prästiren. Sie bezahlen nur darum die Zinsen von der ganzen von den tutores zur Verwaltung übernommenen Summe, weil diese Summe ihnen gegenüber von vornherein als Kapital gilt.

Im ersten Bande haben wir gesehen, dass in Folge der Aufhebung eines zwischen zwei Personen bestehenden Rechtsverhältnisses und des Ersatzes desselben durch ein anderes die Früchte aus dem ersteren Verhältnisse sich in Kapital im zweiten Verhältnisse verwandeln. So z. B. verwandeln sich die Früchte des in dotem vor der Ehe gegebenen Kapitals in dos, d. h. in Dotalkapital, im Augenblick der Eheschliessung. Diese Erscheinung interessirt uns hier nicht mehr. Dies ist keine Kapitalisation des Einkommens in dem Sinne, wie sie uns jetzt beschäftigt. Denn wir sprechen jetzt von der Kapitalisation des Einkommens innerhalb eines und desselben Rechtsverhältnisses. Es entsteht aber die Frage, ob gewisse entscheidende Phasen in der Entwickelung eines und desselben Verhältnisses nicht dieselbe Wirkung haben wie der Ersatz eines Verhältnisses durch ein anderes. Als solche entscheidende Phasen kommen insbesondere der Prozessbeginn und die Verurtheilung in Betracht. Es liegt der Gedanke besonders nahe, dass diese Phasen des Rechtsverhältnisses das Einkommensverhältniss der zu prästirenden fructus oder usurae aufheben. Die römischen Juristen haben ja bekanntlich geradezu die Ansicht ausgesprochen, dass die litis contestatio und die condemnatio das ursprüngliche Verhältniss aufheben und durch ein anderes ersetzen. Es ist hier natürlich kein Ort, darauf einzugehen, inwiefern diese theoretische Ansicht zutreffend ist. Uns interessirt hier eben nur die engere Frage nach der Kapitalisation des Einkommens. Hier ist nun folgendes zu bemerken: trotz des lückenhaften Materials

kann man in der Geschichte des römischen Rechtes zwei Strömungen unterscheiden. Als social und human ist die kaiserliche Gesetzgebung anzuerkennen. Diese berücksichtigt die sociale Seite der Frage und geht in der Beschränkung des Kapitalismus in unserem Gebiete sehr entschieden vor. Die klassische Jurisprudenz hat im Gegentheil in gewissen Hinsichten der „Rechtskonsequenz" gehuldigt. Besonders charakteristisch sind folgende Fragmente aus dem Gesetze Justinians über die usurae rei iudicatae (l. 3 C. h. t. 7, 54):

Sancimus, ut si quis condemnatus fuerit, post datas a nobis quadrimenstres indutias centesimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli solvere, sed tantummodo sortis et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt. cum enim iam constituimus usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machinatio possit induci.

Wie diese machinatio zur übermässigen Bedrückung des Schuldners, auf deren vollständige Beseitigung der Kaiser das grösste Gewicht legt, zu Stande kommen konnte, wird weiter (§ 2) berichtet:

Et ideo pio remedio causam corrigentes sancimus sortis tantummodo usuras usque ad centesimam currentes ex iudicati actione profligari, non autem usurarum quantascumque usuras. si enim novatur iudicati actione prior contractus, necesse est usurarum quidem, quae anterioris contractus sunt, cursum post sententias inhiberi, alias autem usuras ex iudicati actione tantummodo sortis procedere, et non ideo, quod forsitan consummata est quantitas sortis et usurarum, totius summae usuras postea colligi, sed sortis tantummodo.

Aus dieser Ausführung (vgl. noch § 1 eod.: si enim sine emendatione relinquatur etc., und besonders l. 1 Cod. Theod. de us. rei iud. 4, 19: Distinguendum vero hoc quoque arbitrati sumus, ut si contractus debiti ex stipulatione descendit, et casu usurae per annorum curricula summa capitis impleverint [scilicet ut quantitatem sortis quantitati faenoris adaequatur] post sententiam usurae duplices non utriusque debiti currant, sed capitis quidem duplae, usurarum vero simplae) sehen wir, wie man früher raisonirt hat. Die condemnatio sollte darnach die Novation des Rechtsverhältnisses in dem Sinne bewirken, dass alles Geschuldete sich in Kapital verwandelte und dem Gläubiger die Zinsen einbrachte. Dies weist der Kaiser ganz entschieden ab. Man könne diese logische Manipulation vielmehr nur dazu gebrauchen, um während der 4monatlichen Frist der Erfüllung den Zinsenlauf gänzlich aufhören zu

lassen; die ursprünglichen Zinsen sollen aber keinesfalls in Kapital verwandelt werden.

Analoge Spuren der humanen Tendenzen der kaiserlichen Gesetzgebung finden wir in der l. 18 pr. D. his quae ut ind. 34, 9 von Papinianus:

Post motam de tacito fideicommisso controversiam ante pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi, sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant: quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit. sed divus Severus bonorum tacite relictorum citra distinctionem temporis fructus dumtaxat deberi, non etiam usuras benigne decrevit: quo iure utimur.

Hier handelt es sich um die Wirkung der litis contestatio. Papinian hat nun eine vermittelnde Antwort ertheilt, wonach nur die Kapitalisation des thatsächlich gewonnenen Geldeinkommens stattfindet, der Werth der verbrauchten Rohprodukte dagegen nicht zu verzinsen sei. Die ratio dieser Entscheidung besteht darin, dass der Schuldner mehr durch die Verzinsung des Verbrauchten als des Ersparten bedrückt werde. Der Kaiser Severus hat die Verzinsung des Einkommens völlig abgeschafft.

Die Bedeutung der vorjustinianischen kaiserlichen Gesetzgebung in der Entwickelung unserer Frage bezeugt noch folgende Aeusserung (von Modestinus):

Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones . . . (l. 27 D. de re iud. 42, 1).

Im Allgemeinen scheint die gerichtliche Praxis einen Widerstand den einschlägigen socialen Reformen der Kaiser geleistet zu haben:

Nec vim stipulationis obtinere potest comminatio iudicis, qui certas usuras praestaturos eos dixit, qui intra certum diem debitum non exsolvissent (l. 1 C. comm. 7, 57 vom Imp. Antoninus).

Darum kämpft Justinian so eifrig durch wiederholte Einschärfungen gegen die früheren machinationes.

Im Corpus iuris sind folgende Beschränkungen des allgemeinen Grundsatzes (der Nichtkapitalisation des Einkommens) zurückgeblieben:

1. Die fructus bei der hereditatis petitio bilden einen Theil der grösseren universitas hereditatis, d. h. sie werden als Bestandtheil des Kapitals angesehen (sie werden kapitalisirt). Vom Standpunkt dieser Konstruktion hat man auch die Leistung der Zinsen davon von der Zeit der litis contestatio an anerkannt. Die während

des Prozesses gewonnenen Früchte werden dagegen nicht als Theil des Kapitals betrachtet und nicht verzinst.

Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur: diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt (l. 51 § 1 D. de H. P. 5, 3).

Die Entscheidung ist keineswegs auf die fr. percipiendi bei der her. pet. und auf die Früchte bei den Singularklagen auszudehnen. Vgl. noch die l. 15 D. de usuris 22, 1:

Respondit neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur.

Die analoge Anwendung der in der l. 51 § 1 cit. enthaltenen Entscheidung könnte nur bei den Klagen auf die Leistung einer universitas, welche durch die Früchte vergrössert wird, zutreffen, insbesondere da die universitas der zu restituirenden Dos durch die nach der Auflösung der Ehe gewonnenen oder aus der Theilung der Früchte des letzten Jahres geschuldeten Früchte vergrössert wird (l. 31 § 4 D. s. m. 24, 3), so kann man analog entscheiden, dass der Ehemann nach der litis contestatio (auch nach dem Verzug?) die Zinsen von diesen in Kapital verwandelten Früchten zu leisten hat.

2. Si usuras exactas tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet: sane enim parvi refert, utrum sortem pupillarem an usuras in usus suos converterint (l. 7 § 12 D. de adm. et per. 26, 7).

denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere (l. 10 § 3 D. mand. 17, 1).

Aus diesen Entscheidungen ist übrigens keineswegs die allgemeine Regel zu entnehmen, dass die in usus conversio des zu restituirenden Einkommens immer die Pflicht, das fingirte Einkommen davon zu leisten, begründe. Auf den negotiorum gestor freilich passt die Analogie. Im Allgemeinen gilt die Entscheidung für die Geschäftsführer, welche die verwalteten Summen nicht antasten dürfen, nicht aber z. B. für denjenigen, welcher in Folge der Rückgängigmachung eines Geschäftes die erhaltene Summe mit Zinsen restituirt. Hier ist die Leistung der usurae usurarum keineswegs anzunehmen.

3. In diesem Zusammenhang ist auch die l. 8 D. de usur. 22, 1 von Papinianus zu erwähnen, welche sich zwar nicht auf die usurae fructuum bezieht, wohl aber eine verwandte Frage behandelt:

Equis per fideicommissum relictis post moram fetus quoque praestabitur ut fructus, sed fetus secundus ut causa, sicut partus mulieris.

Nach dem Verzug wird die causa prästirt, d. h. Alles dasjenige, was der Gläubiger gewinnen könnte, wenn seine Forderung rechtzeitig befriedigt wäre.[1]

Der Sinn der Stelle besteht nun im Folgenden: fetus secundus gehört zwar nicht zu den Früchten; nur die fructus rei, d. h. die Einkünfte vom Kapital selbst, sind fructus im technischen Sinne; das römische Recht erkennt grundsätzlich keine fructus fructuum, keine Einkünfte von den Einkünften an. Daher würde der Schuldner nur die Jungen der Kapitalthiere prästiren, wenn er nur die fructus, quos percepit aut percipere potuit, zu leisten hätte; der fetus secundus käme nicht in Betracht. Nach dem Verzug aber, meint Papinian, wird darauf gesehen, was dem Gläubiger durch die Verspätung der Leistung entgeht. Wenn nun der Gläubiger das Thier mit seinem fetus in Händen gehabt hätte, so könnte er den fetus als Erwerbsmittel (als Kapital) gebrauchen und den fetus secundus gewinnen. Darum gehört dieser zur causa rei.

Daraus ersehen wir, dass die römischen Juristen nicht nur bei den beiden oben besprochenen Verwandlungsphasen der Rechtsverhältnisse (l. contestatio und condemnatio), sondern auch bei der Aenderung des Anspruches durch den Verzug die Kapitalisation der Einkünfte zum Theil praktisch durchführten, obgleich sie prinzipiell nur die fructus rei, nicht aber die fructus fructuum anerkannten.

Im Uebrigen ist noch in Bezug auf die besprochene Stelle zu bemerken:

a) Daraus ist keineswegs die Prästation der usurae fructuum zu deduciren (vgl. oben, insbesondere die Meinung von Papinian und die Entscheidung des imp. Severus in der l. 18 pr. D. de his quae ut ind. 34, 9).

b) Mit der in der Stelle besprochenen Erscheinung hat der Satz nichts zu thun, wonach bei der her. petitio der fetus secundus

1) Vgl. l. 1 § 31 D. de vi et de vi arm.: pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus; l. 4 C. unde vi 8, 4: causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire; l. 8 § 6 D. de prec. 43, 26: nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit restituere; § 3 J. de off. iud. 4, 17: etiam causam rei debeat exhibere, id est ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si... exhibita res fuisset: ideoque si inter moras...

auch vor dem Prozessbeginn zu prästiren ist (l. 25 § 20, l. 26 D. de H. P. 5, 3):

Augent hereditatem gregum et pecorum partus.

Quod si oves natae sunt, deinde ex his aliae, hae quoque quasi augmentum restitui debent.

Da die Früchte als Vergrösserung der Erbschaft selbst, d. h. als Kapital gelten, so bildet hier der fetus secundus keine eigentlichen fructus fructuum, sondern fructus rei hereditariae, fructus hereditatis.

Ebensowenig gehört der fetus secundus zu den fructus fructuum in dem Falle, wenn es sich um eine Heerde handelt, wobei der fetus primus zum Heerdekapital in Folge der Summission gehört. In diesem Falle sind die Thierjungen (fetus primus) überhaupt keine Früchte. Sie sind auch in den Fällen zu leisten, wo nur die res selbst herauszugeben ist, so dass die Früchte dem Schuldner verbleiben (l. 60 § 4 D. ad sctum Treb. 36, 1; l. 10 § 3 D. de i. d. 23, 3 etc. vgl. Band I § 8). Ihre Jungen sind fructus rei („partus gregis" vgl. l. 25 § 20 D. de H. P. cit.) und überall da zu prästiren, wo die fructus rei in Betracht kommen.

Das im Allgemeinen wohlthätige Princip der Verneinung der Einkommenskapitalisation kann unter Umständen auch missliche civilpolitische Wirkung ausüben. Namentlich ist es fraglich, ob die Belassung dem Schuldner der vom gewonnenen und thatsächlich kapitalisirten Einkommen gezogenen Einkünfte civilpolitisch angerathen ist. Bei den Verwaltungsverhältnissen wird im Falle der Belassung dieser Einkünfte der uneigennützige Charakter der Verwaltung nicht gewahrt. Bei den Verhältnissen, wo Jemand durch den Besitz des fremden Kapitals das Recht des Kapitalberechtigten verletzt, ist die Belassung dieser Einkünfte darum misslich, weil sie unter Umständen Motive für die Verlängerung des widerrechtlichen Zustandes beim Schuldner oder Besitzer erzeugt.

Darum glauben wir, dass die römischen Grundsätze in dieser Beziehung eine Revision erfordern.

Völlig unbedenklich ist freilich bei allen Rechtsverhältnissen:

a) Die Zinsenfreiheit in Bezug auf die Summe des versäumten und entzogenen Einkommens.

b) Der Nichtersatz der versäumten und entzogenen Zinsen von der Summe des gewonnenen Einkommens.

§ 20. B. Bei welchen Kapitalien ist die Zinsenpflicht möglich?

Bisher haben wir vorausgesetzt, dass das Kapital, von welchem die Zinsen ersetzt werden, in Geld besteht. Jetzt stehen wir vor der Frage, ob und inwieweit die gefundenen Grundsätze über die Zinsenrestitution auch bei anderen Kapitalien anzuwenden sind.

Die herrschende Meinung entscheidet, wie schon oben hervorgehoben, die Frage verschieden, je nachdem es sich um gesetzliche oder vertragsmässige Zinsen handelt. Man giebt zu, dass die Zinsen begrifflich nicht nur bei Geldsummen, sondern auch bei anderen Fungibilien möglich sind. Allein die gesetzliche Zinsenpflicht sei nur bei Geldschulden möglich, denn sie beruhe auf der Annahme, dass der Gläubiger, wenn er die geschuldete Summe in Händen gehabt hätte, dieselbe zu jeder Zeit verzinslich anlegen und die landesüblichen Zinsen gewinnen könnte. Diese Annahme treffe bei den anderen Fungibilien nicht zu, weil die verzinsliche Ausleihung von Getreide und dgl. nur eine seltene Erscheinung sei.

Aus den obigen Ausführungen folgt nun, dass diese Theorie auf zwei Grundirrthümern beruht. Der erste besteht darin, dass die herrschende Lehre alle Arten der Zinsenersatzpflicht unter den Gesichtspunkt der Interesseleistung hineinzwängt, während es Arten des Zinsenersatzes giebt, denen dieser Gesichtspunkt vollkommen fremd ist. Der zweite Irrthum, welcher die herrschende Lehre sogar für die Interessezinsen unzulänglich macht, besteht darin, dass man den Zinsenersatz lediglich auf die Möglichkeit der verzinslichen Ausleihung des Kapitals gründet, während in der Wirklichkeit die entgangene Möglichkeit, das Kapital auf beliebige Weise auszunutzen, für die Begründung des Zinsenanspruches genügt (vgl. oben § 15). Ausserdem können wir auch den traditionellen Satz nicht anerkennen, wonach die Zinsen überhaupt nur bei Geld- und Fungibilienschulden möglich sind. Vorläufig wird die Hinweisung auf die l. un. § 7 b C. de rei ux. act. 5, 13 und die l. 31 §§ 5 bis 8 C. de i. d. 5, 12 [1] genügen, um behaupten zu können, dass die begriffliche Beschränkung der Zinsen auf die Fälle der Fungibilienschulden unzulänglich ist. In den beiden Gesetzen wird eine auf nicht vertretbare Sachen gerichtete Schuld durch die Zinsen-

1) Abgedruckt unten S. 230. 231.

pflicht begleitet. Anstatt nun die Zinsenpflicht auf die Fungibilienschulden begrifflich zu beschränken, ist es viel korrekter, die begriffliche Möglichkeit der Zinsenpflicht bei anderen Schulden anzuerkennen, wenn man die eigenthümliche Konsequenz vermeiden will, wonach die erwähnten noch jetzt geltenden Gesetze etwas begrifflich Unmögliches bestimmen.

Durch diese drei Einwände ist der herrschenden Lehre jeder Boden entzogen und wir müssen eine Revision der Frage auf völlig neuer Grundlage vornehmen.

1. Usurae perceptae. Was die Prästation der Zinsen als des thatsächlich gewonnenen Einkommens anbetrifft, so ist die Beschränkung dieser Pflicht auf die Geldschulden zweifellos irrthümlich. Wenn Jemand ein fremdes Kapital in irgend welcher Gestalt (Geld, Fungibilien, unvertretbare Sachen) zur Verwaltung bekommen und von demselben thatsächlich die Zinsen gewonnen hat, so muss er selbstverständlich die usurae perceptae prästiren, unabhängig davon, in welcher Gestalt er das Kapital bekommen und in welcher Gestalt er dasselbe restituiren muss. Wenn der Mandatar die verzinsliche Nutzbarmachung einer Masse Getreides übernommen und die Zinsen gewonnen hat, so muss er die übernommene Quantität nachher mit gewonnenen Zinsen restituiren. Diese Zinsen wird er auch dann restituiren müssen, wenn er die Masse Getreides nachher in ein Haus umgewandelt hat, so dass die Forderung des Auftraggebers auf die Herausgabe dieser Species und der früher gewonnenen Zinsen gerichtet ist. Dasselbe geschieht, wenn der Verwalter zur Nutzbarmachung eine werthvolle goldene Sache bekommen, dieselbe in zinstragende Forderung verwandelt und nachher eine andere Sache, z. B. ein Pferd, restituirt.

Nur so viel ist richtig, dass von der Prästation der gewonnenen Zinsen keine Rede in den Fällen sein kann, wenn der Schuldner das übernommene Kapitalstück nicht konsumirt, sondern in specie aufbewahrt. Dieser Satz bezieht sich aber auch auf die Geldsummen. Wenn Jemand eine Geldsumme in Händen hat, die Münzen aber nicht konsumirt, sondern in specie aufbewahrt, gewinnt er natürlich keine Zinsen und restituirt keine usurae perceptae. Denn die usurae perceptae können nur durch die Konsumption des Kapitals, durch seine Veräusserung, nämlich Umwandlung in eine zinstragende Forderung entstehen.[1]

[1] Natürlich geschieht die Prästation der usurae perceptae auch dann nicht, wenn Jemand zwar das fremde Kapitalstück durch die Verwandlung in eine zinstragende Forderung konsumirt hat, diese Konsumption aber rechtlich nicht sanktionirt wird. Wenn z. B. malae fidei possessor hereditatis eine erbschaftliche Sache ohne Grund in eine verzinsliche Forderung verwandelt so wird diese Konsumption in dem Sinne ignorirt, dass der Erbe die Sache selbst und ihre Früchte (Interesse), nicht aber den Preis und die Zinsen fordert.

2. Usurae percipiendae. Auch in Bezug auf diese Kategorie der Zinsen erweist sich die herrschende Theorie als völlig unrichtig. Wenn Jemand verpflichtet ist, vom fremden Kapital für den Kapitalisten Zinsen zu gewinnen und seine Pflicht schuldhafterweise nicht erfüllt, zahlt er die usurae percipiendae unabhängig davon, in welcher Gestalt er das Kapital in die Hände bekommen hat und in welcher Gestalt er dasselbe zurückerstatten muss. Wenn ein Mandatar die Nutzbarmachung des Kapitals, welches etwa in goldenen Sachen und Juwelen besteht, übernimmt, wird er die Zinsen vom Werth der Sachen zahlen müssen, welche er durch seine culpa müssig liegen liess. Wenn der Geschäftsherr die Restitution des Kapitals und die Rechnungslegung in Bezug auf die Einkünfte verlangt und der Verwalter die übernommenen Goldsachen mit der Bemerkung etwa zurückgiebt, dass er sie produktiv zu konsumiren vergessen hat, so wird der Geschäftsherr mit Recht antworten: „Ausser den Sachen sollst du die Zinsen zahlen, welche du gewinnen konntest; die Sachen sind 1000 Mark werth; davon konntest du in zwei Jahren 100 an Zinsen gewinnen, wenn du die Sachen in Forderungen verwandelt hättest.“ Im Allgemeinen haben wir uns oben überzeugt, dass die usurae percipiendae nicht nur dann zu ersetzen sind, wenn der Verwalter eine in der Kasse liegende Summe Geld verzinslich anzulegen versäumt, sondern auch dann, wenn er diese Summe pflichtwidrig nicht anschafft, wenn er die verzinslich anzulegenden Kapitalien flüssig zu machen versäumt. Dies ist das allgemeine Prinzip der fructus percipiendi, welche auf der Berücksichtigung der gesammten wirthschaftlichen Thätigkeit des Verpflichteten beruhen. Wenn es in der l. 24 C. de adm. tut. 5, 37 in Bezug auf die überflüssigen Sachen des Mündels heisst:

> ut ex mobilibus aut praedia idonea comparentur aut, si forte (ut adsolet) idonea non potuerint inveniri, iuxta antiqui iuris formam usurarum crescat accessio, quarum exactio ad periculum tutoris pertinet —

so ist es klar, dass der Vormund mit den Sachen auch die

Zinsen von ihrem Werth zu ersetzen hat, wenn seine Schuld darin besteht, dass er während der Amtsführung die Sachen müssig aufbewahrt hat, anstatt dieselben in Geld und in zinstragende Forderungen zu verwandeln.

Darum sagt Papinian in der l. 60 § 6 D. de ad sctum Treb. 36, 1:

Cum autem post mortem suam rogatus hereditatem restituere res hereditarias distrahere non cogatur heres, sortium, quae de pretiis earum redigi potuerunt, usurae propter usum medii temporis perceptae non videbuntur.

Wenn dagegen der Fideicommissschuldner die überflüssigen erbschaftlichen Sachen zu verkaufen und den Erlös nutzbar zu machen verpflichtet wäre, so müsste er natürlich die Zinsen vom Werth der schuldhafterweise nutzlos aufbewahrten Sachen (sortium, quae de pretiis earum redigi potuerunt) sich anrechnen.

Ferner haben wir uns oben überzeugt, dass die usurae percipiendae nicht nur dann zu prästiren sind, wenn der Verwalter der fremden Kapitalien dieselben in zinstragende Forderungen zu verwandeln versäumt, sondern auch dann, wenn er das Kapital im Interesse des Geschäftsherrn auf eine andere Weise zu verbrauchen verpflichtet war. Da die Vormünder die Zinsen zahlen, wenn sie das Ansammeln einer Geldsumme zum Ankauf eines Grundstückes für den Mündel versäumen oder sonst die Anschaffung des Grundstückes durch ihre Schuld verzögern, so kann es vorkommen, dass sie die Zinsen vom Werth der nutzlos aufbewahrten Sachen mit den Sachen selbst darum zu prästiren haben, weil von dem Erlös derselben ein Grundstück gekauft werden konnte, wenn sie nicht nachlässig gehandelt hätten. Diese Art der Zinsenpflicht tritt natürlich nicht nur da ein, wo die Sachen zum Zweck der Anschaffung von Grundstücken konsumirt werden sollten. Auch das im Handel, im Landwirthschaftsbetrieb auf einem schon angeschafften Grundstück, in einer Fabrik verbrauchte Kapital bringt seine Zinsen. Der Vormund ist auch dann zur Zahlung der Zinsen vom Werth der überflüssigen Sachen zu verurtheilen, wenn er diese Sachen in das wirthschaftliche Betriebskapital zu verwandeln pflichtwidrig unterlassen hat.

Für die Zahlung der versäumten Zinsen ist also ganz gleichgültig, was man bei der Auseinandersetzung zu restituiren verpflichtet ist, ob die nutzlos in specie aufbewahrten Sachen, oder andere neu angeschafften Sachen (z. B. ein zu spät gekauftes Grund-

stück), oder Geld. Nur soviel ist richtig, dass man die usurae percipiendae dann nicht bezahlt, wenn man die Sachen in specie zu erhalten, ohne für ihren produktiven Verbrauch zu sorgen, verpflichtet oder befugt war. Dieser Satz bezieht sich aber auch auf Geldsummen. Wenn Jemand eine fremde Geldsumme hat und dieselbe in Folge irgend welcher iusta causa depositionis, causa non attingendi in specie aufbewahren darf, so bezahlt er keine Zinsen.

3. Usurae fictae. In der l. 3 C. dep. 4, 34 heisst es:

Si depositi experiris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit.

Wenn Jemand die deponirte Sache in seinen Interessen verbraucht hat, muss er die Zinsen davon bezahlen. Der häufigste Fall besteht in der conversio in usus suos des deponirten Geldes. Mit Recht beschränkt sich aber die Entscheidung nicht auf diesen häufigsten Fall, sondern sie spricht im Allgemeinen von der in usus conversio der deponirten Sache. In der That ist nicht einzusehen, warum für die Zinsenpflicht auf Grund des Verbrauches von fremden Kapitalien in eigenen Interessen der Umstand relevant wäre, ob dieses Kapital in Geld oder in anderen Sachen von Werth besteht. Es ist wirthschaftlich ganz gleich, ob z. B. der neg. gestor von der für den Geschäftsherrn zu verwaltenden Summe Geld sich Aussaatgetreide gekauft und seinen eigenen Acker besäet hat, oder ob er dem zu verwaltenden Landgute des Geschäftsherrn eine gleichwerthige Masse Getreides direkt zu demselben Zweck entnommen hat. Oder nehmen wir folgenden Fall: A. deponirt bei B. ein Goldgefäss mit der Verabredung, dass B. nach Belieben das Gefäss in specie aufbewahren oder zu seinem (des A.) Nutzen verwerthen darf. B., welcher ein Goldschmied ist, verbraucht das Gefäss in seiner Werkstatt oder verkauft dasselbe und verbraucht den Erlös in seinem Gewerbe. Warum sollte er im ersteren Falle keine Zinsen zahlen, wohl aber im letzteren Falle? Ein Civilrecht, welches die beiden Fälle nicht gleich behandelte, wäre höchst unpolitisch, wie im Allgemeinen jedes Civilgesetz unpolitisch ist, welches vom socialen und wirthschaftlichen Standpunkt völlig gleiche Fälle nach verschiedenen Grundsätzen behandelt (vgl. unten § 27 über den Entwurf). Wenn der neg. gestor im Falle des Verbrauches einer fremden Masse Getreides keine Zinsen zu zahlen hätte, wohl aber im Falle des Verbrauches einer fremden Geldsumme, so hätte er

dringende Motive und keine Schwierigkeit, das Gesetz über die Zinsen dadurch für sich unschädlich zu machen, dass er eben nicht fremdes Geld, sondern andere fremde Kapitalien für sich verbraucht. Ein Gutsbesitzer z. B., welcher die Geschäfte seines Nachbarn besorgt, würde das Geld desselben im eigenen Nutzen nicht verbrauchen, alle Produkte seines eigenen Landgutes in Geld verwandeln und das Aussaatgetreide und andere für die Wirthschaft nöthigen Produkte dem Landgute des Nachbarn entnehmen. Wenn er durch verschiedene Handlungsweise denselben ökonomischen Effekt für sich herbeiführt, bei der einen Handlungsweise aber zinsenpflichtig nicht wird, wohl aber bei der anderen, so wird er natürlich diese letzte Handlungsweise vorziehen. Ebenso könnte der Goldschmied in unserem Beispiele die Zinsenpflicht dadurch vermeiden, dass er das fremde Gefäss nicht verkaufen, sondern unmittelbar auf die Fabrikation verbrauchen würde. Er hätte eine Geldsumme in der Hand, welche er sonst auf die Anschaffung des Goldes verwenden müsste, und wäre zinsfrei.

Wir können also den Satz aufstellen, dass die in usus conversio alienae rei den Verbrauchenden zinsenpflichtig macht, gleichgültig, ob die res aliena eine Geldsumme oder andere Sache ist. Es ist auch gleichgültig, in welcher Gestalt das Kapital zu restituiren ist. Wenn nach Verabredung der Parteien anstatt der hingegebenen species bei der Auseinandersetzung eine andere gleichwerthige unvertretbare Sache zu leisten war und wirklich geleistet wird, so kann dies die Zinsenpflicht aus der in usus conversio der ursprünglichen species keineswegs beeinflussen.

Auch hier ist also nicht die herrschende Theorie, sondern nur so viel richtig, dass man die Zinsen als fingirtes Einkommen dann nicht prästirt, wenn man das fremde Kapital in seinen Interessen nicht verbraucht hat. Wenn man das fremde Kapital in specie behält und dasselbe nur gebraucht, so zahlt man, wie wir schon oben (§ 6) [1] gesehen haben, den ortsüblichen Miethszins, nicht aber die Zinsen vom Werth der Sache. Wenn man in keiner Weise vom fremden Kapital Nutzen gezogen hat, prästirt man kein fingirtes Einkommen. Die Form des Kapitals ist gleichgültig.

4. Zinsen als Interessefrüchte. Einen quellenmässigen Beweis, dass die Verzugszinsen nur bei Geldschulden möglich sind, hat die herrschende Theorie nicht aufzuweisen. Die meisten

1) Vgl. l. 60 § 6 D. ad. sctum Treb.

Quellenstellen sprechen vielmehr ganz allgemein von den usurae fideicommissi, rei depositae etc. Z. B.:

In iudicio depositi ex mora et fructus veniunt et usurae rei depositae praestantur (Pauli S. II, 12, 7).

In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur (l. 32 § 2 D. de usuris 22, 1).

Etiam res publica fideicommissi post moram usuras praestare cogitur (l. 78 § 2 D. de leg. 31).

Usuras fideicommissi . . . ex quo mora facta est, deberi respondi (l. 87 § 1 D. eod).

Usurae in depositi actione . . . ex mora venire solent (l. 2 C. dep. 4, 34).

Ausser der oben erwähnten irrigen Annahme, wonach die Verzugszinsen lediglich auf der Möglichkeit beruhen, die erhaltene Summe sogleich gegen landesübliche Zinsen auszuleihen, giebt es überhaupt keinen Beweis für die herrschende Lehre. Ja, angenommen, aber nicht zugegeben, dass die Verzugszinsen nur auf dieser Möglichkeit beruhen, können wir doch nicht einsehen, warum der Gläubiger, welcher z. B. eine werthvolle goldene Sache zu fordern hat, nicht mit Grund sagen kann, dass er bei rechtzeitiger Leistung das in der Werthsache steckende Geldkapital befreien und verzinslich anlegen könnte. Vom richtigen wirthschaftlichen Standpunkt aber, welcher auch durch die Quellen anerkannt ist, beruhen die Verzugszinsen bei Geldsummen vielmehr darauf, dass man die erhaltene Summe auf jede beliebige Weise nutzbar machen, mit Nutzen verbrauchen kann; man kann sie auf die Bezahlung der Schulden, auf Ankauf von Waaren, von Rohmaterialien für die Produktion etc. verwenden; man kann sie auch verzinslich austhun. Wenn nun ein Goldschmied von den rechtzeitig nicht gelieferten 1000 Mark darum Verzugszinsen fordert, weil er bei rechtzeitiger Lieferung die Summe auf den Ankauf von Gold als Rohmaterial für die Produktion verwenden könnte, so kann er mit noch besserem Grunde die Zinsen vom Werth des ihm rechtzeitig nicht geleisteten Goldklumpens oder vom Werth der zum Verbrauch als Rohmaterial bestimmten Goldvase fordern. Es ist ferner ganz gleich, ob der Gläubiger die Sache unmittelbar in seinen Interessen verwenden will oder durch den Umtausch gegen andere ihm nützliche Güter, insbesondere gegen Geld. Bei der Entwickelung des Tauschverkehrs verliert die Form des Kapitals ihre Bedeutung; wer über eine Sache, deren Verkaufswerth 1000 Mark ist, beliebig

verfügen kann, der kann gewöhnlich auch über 1000 Mark verfügen. Und umgekehrt, die Möglichkeit über 1000 Mark zu verfügen ist für den Menschen darum von Werth, weil dies ihm die Möglichkeit giebt, über andere Güter zu verfügen. Dass die Form des Kapitals für den Zinsenanspruch irrelevant ist, spricht klar und direkt die l. 3 § 4 D. de usuris 22, 1 (von Papinianus) aus:

Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit, tractari solet. plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque refecta fideicommissa solverentur aut alimenta praestarentur, non oportere frustrationem impunitam esse responderi oportet: quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desidesiderabuntur usurae ideoque non exigentur.

Die römischen Juristen haben also, nach Bericht von Papinian, sich mit der Frage beschäftigt, ob der säumige Vermächtnissschuldner die Zinsen vom Werth der vermachten goldenen und silbernen Sachen (auro vel argento facto, vas) zu zahlen hat. Man kann daraus schliessen, dass bei aurum vel argentum rude, infectum, argenti vel auri pondo relicta,[1] die Zinsen streitlos zu entrichten waren. Dieses arg. a contr. wird zu einem sicheren Beweis, wenn wir den Grund der Entscheidung über den Fall des aurum vel argentum factum beachten. Denn dieser gilt a fortiori vom aurum vel arg. infectum. Die Streitfrage in Ansehung der goldenen und silbernen Sachen entscheidet Papinian im verneinenden Sinne nur für den Fall, wenn nach dem Willen des Erblassers der Bedachte die Sachen nicht beliebig verwerthen, sondern zum persönlichen Gebrauch in specie behalten sollte. Ratio dubitandi und der Grund sind klar. Die Gegenstände, von welchen die Rede ist, werden oft als Familienschatz betrachtet, als Sachen, deren Verkauf eine Profanation ist. Im betreffenden Falle wird ein solcher Charakter durch den Willen des Erblassers den vermachten Sachen auferlegt. Der Bedachte würde unanständig und gegen den Willen des Erblassers (contra bonos mores, contra pietatem) handeln, wenn er die Sachen nicht als Andenken behalten, sondern zum Zweck des Geldgewinnes verwerthen würde. Darum eben kann er, wenn ihm diese Sachen rechtzeitig nicht geliefert werden, vom entzogenen Gewinn nicht reden; er würde sonst von einem

1) Vgl. l. 78 § 4 D. de leg. 32; Huschke, Jurispr. ante iust., Cincius 19; l. 52 § 2 D. de iud. 5, 1.

lucrum inhonestum sprechen. Wenn dagegen die Sachen zur beliebigen Verwerthung (pecuniam, nummum reficere) bestimmt waren, kann der Vermächtnissnehmer die durch die mora entzogenen Zinsen vom säumigen Schuldner fordern. In Bezug auf das aurum und argentum infectum war die obige ratio dubitandi nicht vorhanden, denn diese werden nicht als Andenken zum Behalten in specie vermacht. Ebenso kann kein Zweifel über die Zinsenpflicht dann bestehen, wenn es sich nicht um die freundschaftlichen Zuwendungen, sondern z. B. um die Handelsverhältnisse handelt. Wenn ein Kaufmann goldene und silberne Sachen als Waaren kauft, so versteht es sich von selbst, dass der Zweck der Anschaffung in der pecuniae refectio besteht.

Auch beim Verzug ist also klar, dass die Zinsen nicht nur bei Geldschulden, sondern auch bei Forderungen anderer und zwar vertretbarer oder unvertretbarer Sachen möglich sind. Denn der Wille des Erblassers, welcher bestimmt, dass der Bedachte so oder anders seinen Genuss am Gegenstand des Vermächtnisses gestalten soll, macht die Schuld des Erben nicht zu einer Geldschuld noch zu einer Fungibilienschuld. Der Erbe soll vielmehr eben die vermachten Vasen herausgeben, gleichgültig, was der Bedachte mit ihnen machen wird.[1]

Nicht also die herrschende Theorie, welche auf die Gestalt

1) Es ist ein Nothbehelf der bedenklichsten Art, wenn man die unbequeme papinianische Stelle dadurch beseitigt, dass man darin einen Fall der Geldschuld erblickt. Der Fehler ist zu klar: Die Bestimmung des Erblassers, was der Bedachte nach der Leistung mit der Sache machen soll oder darf, unterscheidet man nicht von der Bestimmung, was ihm durch den Erben geleistet werden soll. Vgl. Savigny, Bd. 6 S. 145. Diese Erklärung hält noch Mommsen Beiträge 3 S. 244 fg. für möglich. Daneben stellt er aber auch eine andere eventuelle Erklärung auf, welche die Bedeutung der Stelle zwar nicht völlig beseitigt, aber wesentlich abschwächt. Die Erklärung besteht darin, „dass in diesem Fall nicht eine blosse Möglichkeit des Verkaufes vorlag, sondern nach den sonst geltenden Regeln als erwiesen angesehen werden konnte, dass der Vermächtnissnehmer den Verkauf wirklich sogleich vorgenommen und somit die Zinsen lukrirt hätte.“ „Dass der Fideikommissar sich bemüht hätte, die vermachten Sachen sogleich zu verkaufen, muss man deshalb annehmen, weil man davon ausgehen muss, dass er dem Willen des Testators gemäss und als ein diligens pater familias gehandelt haben würde“ (S. 245 N. 19). Indessen ist auch diese Beschränkung der Tragweite der Entscheidung Papinians mit einem logischen Fehler behaftet. Es wird niemals bei der Berechnung des Interesse darauf gesehen, was der Beschädigte als ein nachlässiger pater familias gewonnen hätte. Nicht nur der Fideikommissar, sondern jeder Beschädigte berechnet den normalen Gewinn, welchen er als diligens pater familias erzielen könnte. Darum kann nicht nur der Vermächtnissnehmer, sondern jeder Gläubiger mit Recht geltend machen, dass er die in specie unfruchtbare Sache nutzbar verwerthen konnte. Der Wille des Erblassers vermag die Diligenz auch nicht zu steigern.

des Kapitals Gewicht legt, sondern nur so viel ist richtig, dass die Zinsenpflicht ausgeschlossen oder vorhanden ist, je nachdem der Gläubiger die geschuldete Sache in specie behalten oder nutzbar konsumiren würde (je nachdem dieses oder jenes Verhalten sich als wahrscheinlich erweist). Dies ist aber auch in Bezug auf die Geldsummen richtig (vgl. oben § 15).

Es ist interessant, mit der besprochenen Entscheidung von Papinian die l. 31 § 6 C. de i. d. 5, 12 und die l. un. § 7b C. de rei ux. act. 5, 13 zu vergleichen:

Sin autem aliae res praeter immobiles vel aurum fuerint in dote, sive in argento sive in muliebribus ornamentis sive in veste sive in aliis quibuscumque, si quidem aestimatae fuerint, simili modo post biennium et earum usuras ex tertia parte (centesimae) currere (l. 31 § 6 C. cit.).

Sin autem minime res mobiles fuerint aestimatae, ea post biennium observari, quae leges post litem contestatam pro omnibus huiusmodi rebus definiunt (§ 7 eod.).

Derjenige, welcher dem Ehemanne eine Dos zu leisten versprochen hat, ist nach zwei Jahren seit dem Abschluss der Ehe die Zinsen von den res aestimatae zu leisten verpflichtet. Bei den res non aestimatae werden dagegen die Grundsätze, welche nach der litis contestatio (ohne Hinzutritt der mora) gelten, angewendet, d. h. der Schuldner leistet diejenigen Früchte, welche er gewonnen hat oder gewinnen konnte. Da er die Sachen in specie zu liefern hat, so kann nicht von den usurae, sondern nur etwa von den Miethszinsen die Rede sein.

Welche Bedeutung kann hier der Aestimationsvertrag haben? Auf den ersten Blick scheint die Unterscheidung zwischen res aestimatae und non aestimatae in Bezug auf die Zinsenpflicht ganz willkürlich zu sein.

Dem ist nicht so, sie ist sehr begründet und vernünftig. Der Schätzungsvertrag in Bezug auf die Dotalsachen bedeutet nämlich, dass der Mann sie nicht in specie aufbewahren muss, sondern beliebig verwerthen kann. Darum entzieht die Nichtleistung der res dotales aestimatae dem Manne den Gewinn, welchen er durch die Versilberung der Sachen machen könnte. Wenn dagegen der Aestimationsvertrag nicht abgeschlossen wurde, so könnte der Mann die versprochenen in specie unproduktiven Silber- und anderen Werthsachen nicht in eine gewinnbringende Geldsumme verwandeln, weil er die Sachen selbst (in specie) nach Auflösung der Ehe restituiren muss. Derjenige Ehemann also, welchem die Sachen ohne Schätzungsvertrag versprochen wurden, ist in derselben Lage, wie der Vermächtnissnehmer, welcher die Vasen nicht verkaufen darf. Beide können keinen Anspruch auf die Zinsen geltend machen, denn sie könnten bei früherer Leistung auch keine gewinnen. Dagegen kann der Mann, welcher die geschätzten Sachen bekommen soll, und der Vermächtnissnehmer, welcher über die vermachten Gegenstände frei verfügen darf, den Zinsenanspruch geltend machen; denn sie könnten die unproduktiven Schmucksachen in zinstragende Geldsummen verwandeln.

Die l. un. § 7b cit. lautet:

Sin autem supersederit (maritus) res mobiles vel se moventes vel incorporales post annale tempus restituere vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet: fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis, similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum vel operis servorum vel quaestu civilium annonarum et aliis quae sunt eis similia parti mulieris restituendis.

Darnach werden die Zinsen vom Werth der Dotalsachen nicht nur im Falle des Aestimationsvertrages, sondern immer bezahlt, weil hier von der Rückerstattung der Dotalsachen an die Frau die Rede ist; diese kann aber die restituirten Sachen immer beliebig verwerthen; sie ist in der Art der Benutzung in keiner Weise beschränkt. Auch hier, wie in der l. 31 § 6 C. cit., besteht das Besondere darin, dass die Zinsenpflicht ohne Mahnung eintritt und dass die Höhe der Zinsen nicht nach den Umständen des Falles bestimmt wird, sondern für alle Fälle fest fixirt ist. Sonst ist die Bestimmung vollkommen konsequent. Innerhalb des ersten Jahres nach Auflösung der Ehe braucht der Mann die beweglichen Sachen nicht herauszugeben. Die Frist bezweckt die Versicherung des Mannes vor den Folgen der unerwarteten Notwendigkeit, die Dos zu restituiren. Er hat Zeit, die wirthschaftlichen Verhältnisse zu regeln. Diese Frist soll ihm aber keinen neuen Gewinn bringen; darum restituirt er nach allgemeinen Regeln die gewonnenen oder gewinnbaren Einkünfte dieses Jahres (operae servorum, vecturae iumentorum etc.). Wenn der Mann nach dieser Frist die beweglichen Sachen noch nicht restituirt, so wird nunmehr darauf gesehen, was die Frau bei rechtzeitiger Restitution gewinnen könnte.

Wenn die Sachen bei dem Manne keine Einkünfte bringen (z. B. Schmucksachen) oder geringere als die Zinsen von ihrem Werth, so kann die Frau die Zinsen fordern, weil sie die Sachen in nutzbare Geldsummen verwandeln könnte. Auf die Grundstücke wird die Zinsenpflicht darum nicht erstreckt, weil die Immobilien „keine Waare" sind. Es ist nicht anzunehmen, dass die Frau ihre Grundstücke versilbern würde; besonders die römischen Grundbesitzer haben am Kapital im Grund und Boden in specie festgehalten; als eine ordentliche und sichere Wirthschaft wurde die Verwandlung des Geldkapitals in Grundstücke, nicht aber die umgekehrte Handlungsweise angesehen (tutela).

5. Usurae, als geopfertes Einkommen. A. verwaltet als Vormund das Gut, auf welchem für die Aussaaten kein Getreide bereit ist. Er entnimmt dasselbe seinem eigenen Landgut und befriedigt sich selbst in der Weise, dass er im Herbst vom Mündelgute eine gleiche Quantität Getreides mit angemessenen Zinsen für sich nimmt.

A. übernimmt die Verwaltung der Goldschmiede seines Freundes mit der Verabredung, dass ihm seine etwaigen Auslagen durch eine oder einige in der Zwischenzeit gemachten goldenen Sachen entsprechenden Werthes nach seiner Auswahl ersetzt werden sollen. Er hat eine Verwendung im Werthe von 1000 gemacht, indem er das in der Werkstatt fehlende Goldmaterial selbst in der Gestalt einer goldenen Vase geliefert hat. Seinen Anspruch richtet er jetzt auf zwei von ihm gewählte Sachen, welche 1000 werth sind, und auf die Zinsen, welche er gewinnen könnte, wenn er die Vase verkauft und den Preis nutzbar gemacht hätte.

Sein Anspruch ist vollkommen gerechtfertigt, denn er bekäme die Zinsen ersetzt, wenn er im Interesse des Freundes vom eigenen Geld eine gleiche Vase für die Werkstatt als Material gekauft hätte. Dass er die Vase unmittelbar geliefert, ändert sachlich nichts. Es wäre auch ein politisch unvernünftiges Civilrecht, welches den Ersatz der geopferten gewinnbar gewesenen Zinsen nur bei Geldverwendungen eingeführt hätte. Der Vormund und der Mandatar in unseren Beispielen würden sich von der Hilfe in Naturalprodukten abgeschreckt fühlen, oder sie würden im besten Falle das unvernünftige Recht durch Umwege für sich unschädlich machen. Der Verwalter der Goldschmiede würde dann seine Vase zum Schein gegen 1000 an einen Freund verkaufen, dann für seinen Principal zurückkaufen und erst nach Erfüllung dieser sinnlosen Formalität in die Werkstatt liefern.

Es ist also gleich, welche Art von Kapital man in fremden Interessen verbraucht und in welcher Gestalt man dasselbe zurückbekommt. Wichtig ist, dass man das Kapital in fremden Interessen verbraucht; dies genügt für die Entstehung des Anspruches auf die Zinsen vom geopferten Werthe. Denn man könnte das Kapital auch im eigenen Interesse produktiv verbrauchen und zwar unmittelbar oder nach Umwandlung in eine Geldsumme. Es ist aber weiter zu gehen und der Zinsenanspruch auch im Falle des Gebrauches (ohne Zerstörung der species) einer eigenen Sache in fremden Interessen als möglich anzuerkennen. Zwar wird nach der l. 1 § 3 D. de per. et commodo 18, 6 das geopferte Einkommen in diesem Falle nach Miethszinsen berechnet. Indessen geschieht es darum, weil in der Stelle vorausgesetzt wird, dass der Verwendende die Sache, wenn sie frei wäre, in seinem Interesse in specie gebraucht hätte. Wenn aber aus den Umständen des Falles erhellt, dass der Verwendende die Sache (wenn er sie in fremden Interessen nicht gebraucht hätte) versilbern würde, so kann man mit Recht sagen, dass ihm durch die Verwendung usurae absunt.

Wenn wir die Ergebnisse der obigen Ausführung zusammenfassen, so müssen wir anerkennen, dass die herrschende Lehre, welche auf die Beschaffenheit des Kapitals das entscheidende Gewicht legt, im Irrthum ist. Nicht die Beschaffenheit des Kapitals, sondern die Art seiner Ausnützung ist für die Zinsenpflicht von Bedeutung. Bei den usurae perceptae und fictae muss der thatsächliche Verbrauch (durch Rechtsgeschäfte oder ohne solche) vorliegen. Wenn dagegen die Sache unter Beibehaltung ihrer species (durch Rechtsgeschäfte oder ohne solche) ausgenutzt wird, so treten an Stelle der Zinsen Miethszinsen oder andere Früchte. Bei den usurae percipiendae muss die Pflicht zum nützlichen Verbrauch der Sache (durch Umwandlung in zinstragende Forderungen oder unmittelbar) vorliegen. Wenn die Pflicht des Fruchtschuldners dahin ging, die Sache unter Beibehaltung ihrer species auszunutzen, so bestehen die fructus percipiendi nicht in Zinsen, sondern in Miethszinsen oder anderen Dingen. Bei den entzogenen oder geopferten Zinsen muss die Wahrscheinlichkeit des Verbrauches in eigenen Interessen seitens desjenigen vorliegen, von dessen Standpunkt das wahrscheinlich gewinnbar gewesene

Einkommen geschätzt wird. Beim entzogenen Gebrauch in specie werden dagegen als entzogenes Einkommen Miethszinsen und dgl. geschätzt. Eine tiefere Erklärung und Begründung dieser Erscheinungen werden wir im § 25 versuchen.

§ 21. C. Bei welchen Ansprüchen tritt die Zinsenpflicht ein (dingliche und persönliche Ansprüche)?

Den Satz, wonach die Zinsenpflicht eine (Fungibilien-) Forderung voraussetzt, schliesst man in den Begriff der Zinsen immer ein, so dass diese bei dinglichen Ansprüchen als begrifflich ausgeschlossen erscheinen. Dies wird indessen im letzten Theile der Pandekten, im Erbrecht, vergessen. Hier behauptet man allgemein im Widerspruch mit sich selbst, dass der Erbschaftsbesitzer vom erbschaftlichen Gelde Zinsen zu zahlen hat. Der Anspruch des Erben auf das erbschaftliche Geld ist doch kein obligatorischer Anspruch. Welcher von den beiden widersprechenden gemeinen Lehrsätzen ist richtig? Vom Standpunkt unserer Zinsentheorie ist die Entscheidung dieser Frage von grossem Interesse. Da wir nämlich in der Zinsenlehre nicht eine Sammlung von positiven Gesetzen ohne System und Zusammenhang, sondern vielmehr eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Früchte erblicken, welche überall Platz greift, wo keine besonderen Beschränkungen aus besonderen Gründen existiren, so entsteht für uns die Frage über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze auch in dem Falle, wo diese durch die Quellen nicht ausdrücklich bestätigt ist. Es entsteht z. B. die Frage, ob derjenige, welcher eine Anzahl Geldmünzen vindicirt, nach der l. cont. vom malae fidei possessor die Zinsen fordern kann. Wenn der Erbschaftsbesitzer vom erbschaftlichen Gelde Zinsen zahlt, warum sollte der Besitzer rei singularis davon frei sein? Der m. f. possessor rei leistet ja nach dem Prozessbeginn ebenso wie der m. f. p. hereditatis die Interessefrüchte von der dem Gegner gehörenden Sache. Wenn die Sache in einer Masse Geld besteht, so kann der Berechtigte sagen, dass er bei rechtzeitiger Restitution davon Zinsen als Einkommen gewinnen konnte. Nach der herrschenden Lehre ist zwar eine solche Anwendung der quellenmässigen Sätze über die Zinsen auf andere nicht ausdrücklich vorgesehene, aber doch gleiche Thatbestände ausgeschlossen, weil sie keine Zinsenpflicht ohne den Parteiwillen oder das ausdrückliche positive Gesetz kennt. Indessen ist auch

für die herrschende Lehre die Entscheidung der Frage, ob die Zinsen auch bei einem dinglichen Anspruch möglich sind, nicht ohne Bedeutung, weil im Falle der Bejahung die gegenwärtig herrschende Begriffsbestimmung der Zinsen sich als unzulänglich erweist.

Unsere Frage also lautet, ob für den Zinsenanspruch der Umstand relevant ist, dass ein Anspruch keine obligatorische, sondern dingliche Natur hat.

Die Lehre über die Erbschaftsklage gewährt uns ein vorzügliches Material für die Entscheidung dieser Frage.

Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum (l. 25 § 18 D. de H. P. 5, 3).

Die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen des Erben in der Erbschaftsklage giebt uns den Schlüssel zur Lösung der Frage. Der Anspruch des Erben auf die in der Erbschaft gefundenen Geldsummen wie auf andere erbschaftliche Sachen ist ein Anspruch dinglicher Natur, dagegen der Anspruch auf die Summen, welche vom Erbschaftsbesitzer durch den Verkauf der Sachen oder durch Einziehung der Forderungen erworben sind, ist ein Anspruch obligatorischer Natur (praestatio personalis) Wenn für die Zinsen bei dinglichen Ansprüchen andere Regeln bestehen, als bei persönlichen Ansprüchen, so ist zu erwarten, dass bei der Klage gemischter Natur, wie her. petitio (mixta personalis actio[1]), dieser Gegensatz zu Tage treten muss. Wenn also die Zinsenpflicht sich nur auf persönliche Ansprüche beschränkt, so ist zu erwarten, dass der Erbschaftsbesitzer nur von denjenigen Summen die Zinsen zu zahlen hat, welche Gegenstand der praestationes personales bilden.

Die herrschende Lehre macht nun keinen Unterschied zwischen diesen und anderen Summen. Ganz anders verfahren aber die Quellen. Hier bemerken wir eine sonderbare Erscheinung. Die Quellen unterscheiden nämlich sehr klar und entschieden zwischen der pecunia inventa in hereditate einerseits und der pecunia redacta andererseits. Zur pecunia redacta gehören nämlich diejenigen Summen, welche der Erbschaftsbesitzer selbst durch den Verkauf von Sachen oder Einziehung der Forderungen erworben hat und welche

1) l. 7 C. de pet. her. 3, 31.

darum nur Gegenstand der praestatio personalis sein können. Die Stellen, welche dem Erbschaftsbesitzer die Zinsenpflicht auferlegen, sprechen ausschliesslich von dieser pecunia redacta. Dagegen wird die Zinsenpflicht bei der pecunia inventa entschieden geleugnet. Die zwei Stellen, welche die Zinsenfreiheit des Erbschaftsbesitzers in Bezug auf die in der Erbschaft vorgefundenen Summen aussprechen, haben wir schon oben (S. 190) angeführt. Bei der l. 62 D. de R. V. 6, 1 könnte noch Zweifel entstehen, ob Papinian nicht ausschliesslich von der Zeit vor dem Prozessbeginne spricht. Denn hier stellt er den Erbschaftsbesitzer mit dem m. f. p. rei vor dem Prozessbeginn zusammen. Diesen Zweifel kann man aber keineswegs auf die l. 20 § 14 D. de H. P. übertragen, welche sich im Titel vom Erbschaftsanspruch ex professo mit der Zinsenfrage bei der pecunia inventa befasst und jeden Zinsenanspruch des Erben aufs Entschiedenste verneint (Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum). Bei der unbefangenen Betrachtung dieser Entscheidung kann man doch nichts Anderes hier herausfinden, als dass der Erbschaftsbesitzer vom erbschaftlichen Gelde (im engeren Sinne) keine Zinsen zahlt, wenn er die vorgefundenen Summen nicht anrührt. Die herrschende Lehre, welche, nach Vorgang von Francke,[1] annimmt, dass Papinian die Zeit vor dem Prozessbeginn und nach demselben unterscheidet und die Zinspflicht nur für die erstere Zeit verneint, steht im schroffen Widerspruch mit der einfachen und absoluten Behauptung von Papinian.

Wir schliessen also, dass der dingliche Anspruch des Erben auf die Herausgabe der pecunia inventa mit keinem Zinsenanspruch begleitet wird, und zwar, dass weder die usurae percipiendae, noch die Interessezinsen (nach der l. cont.) ihm prästirt werden. Wenn der Erbschaftsbesitzer die vorgefundenen Summen nicht unangetastet aufbewahrt, sondern in seinen Interessen verbraucht oder verzinslich austhut, so widerspricht die daraus entstehende Pflicht, die usurae perceptae oder fictae zu prästiren, keineswegs unserer Behauptung, weil der Erbe in den beiden Fällen keinen dinglichen, sondern nur einen obligatorischen Anspruch in Bezug auf die Kapitalsumme geltend macht. Er hat einen dinglichen Anspruch nur auf die mit der Erbschaft auf den Besitzer übergegangenen und in specie

1) Francke a. a. O. S. 275 fg., vgl. Landsberg, Furtum S. 92 fg.

aufbewahrten Summen, denn nur ein solches Geld gehörte dem Erblasser und gehört dem Erben als Eigenthum.

Auch wenn uns die angeführte papinianische Entscheidung nicht überliefert wäre, kämen wir doch auf anderem Wege zum obigen Schluss, weil, wie schon erwähnt, alle Stellen, welche dem Erbschaftsbesitzer die Zinsenpflicht auferlegen, diese Pflicht auf die dem Erben zu Eigenthum nicht gehörenden Summen (pecunia redacta vel quae redigi debuit) ausdrücklich und zweifellos beschränken.

Auf den bonae fidei possessor beziehen sich folgende Stellen:

„Petitam autem hereditatem“ et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor. „id est cum primum aut denuntiatum esset“: quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denuntiavit, an incipiat usuras debere pecuniae redactae? et puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse (l. 20 § 11 D. de H. P. 5, 3).

Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum (l. 20 § 6a eod.).

„Redactae“, inquit, „pecuniae ex pretio rerum venditarum“. redactam sic accipiemus, non solum iam exactam, verum et si exigi potuit nec exacta est. Quid si post petitam hereditatem res distraxerit? hic ipsae res venient fructusque earum. sed si forte tales fuerunt, quae vel steriles erant vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio, fortassis possit petitor eligere, ut sibi pretia et usurae praestentur (§§ 15. 16 eod.).

Bemerkenswerth ist, dass diese Erörterung über die pecunia redacta gleich nach der absoluten Verneinung der Zinsenpflicht bei der pecunia inventa folgt (§ 14).

Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum ex die contestationis computandas omnimodo reddere compellantur (l. 1 § 2 C. de pet. her. 3, 31).

Ueber den m. f. possessor heisst es:

Ex hereditate autem rerum distractarum vel a debitoribus acceptae pecuniae post motam litem bonorum usuras inferant. Quod in fructibus quoque locum habere, quos in

praediis hereditariis inventos aut exinde perceptos vendiderint, procul dubio est (l. 1 §§ 1. 2 C. de his quib. 6, 35).

ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam (l. 20 § 12 D. de H. P. 5, 3).

Die letztere Stelle spricht nur von demjenigen Fall, wenn der malae fidei possessor die Sache veräussert. Die erstere Stelle behandelt dagegen die Zinsenfrage ex professo. Hier sind alle Arten der vom Besitzer gewonnenen Summen berücksichtigt. Von der Zinsenpflicht bei der pecunia inventa, bei den erbschaftlichen Summen im engeren Sinne, findet sich aber nirgends Erwähnung.

Uns bleibt nur ein Schluss möglich: der allgemeine Satz Papinians, nach welchem der Erbschaftsbesitzer, wenn er die in der Erbschaft gefundenen Summen unberührt liegen lässt, absolut keine Zinsen zu zahlen hat, ist in seinem buchstäblichen Sinne zu verstehen. Die Zinsenpflicht besteht nur bei denjenigen Summen, welche Gegenstand der praestationes personales sind, nicht aber bei denjenigen, welche Eigenthum des Erben sind. Eine merkwürdige Regel, welche allen von uns über die Zinsen aufgestellten Grundsätzen zu widersprechen scheint. Dass dem malae fidei possessor die Pflicht zur verzinslichen Anlage des Geldes nicht auferlegt ist, wundert uns nach dem über den römischen Kredit Gesagten nicht. Nach dem Prozessbeginn könnte man aber von ihm ohne das Bestehen dieser Pflicht die Zinsen als Interesse fordern. Bei der pecunia redacta werden solche auch wirklich gefordert. Welcher vernünftige Grund kann für eine solche Unterscheidung vorliegen? Bei dem b. f. possessor kehrt ja diese Eigenthümlichkeit wieder; denn dieser bezahlt die Zinsen von der pecunia redacta nach dem Prozessbeginn; bei der pecunia inventa ist er aber zinsenfrei.

Eben darum, weil man keinen vernünftigen Grund für diese Unterscheidung findet, sucht man aus inneren Gründen nicht dasjenige zu lesen, was in den Quellen klar geschrieben steht.

Zur Erklärung der Erscheinung müssen wir Folgendes beachten:

Um die Zinsen von einer Geldsumme zu gewinnen, muss man diese konsumiren (veräussern). Der Erbschaftsbesitzer, welcher die Zinsen vom erbschaftlichen Geld gewinnen will, muss also den Erben um seinen dinglichen Anspruch bringen, d. h. das ius in rem in eine praestatio personalis verwandeln. Dadurch verschwindet

aber für den Erben die Realsicherheit und er verliert das erbschaftliche Kapital, wenn der Erbschaftsbesitzer insolvent wird. Im Konkurs kann er nur diejenigen Summen für sich allein beanspruchen, welche ihm gehören, d. h. die in specie erhaltene pecunia inventa. Wegen der übrigen Summen (pecunia redacta, vel quae redigi debuit) hat er das Nachsehen oder bekommt nur einen Theil, wenn der Besitzer reich an Passiva und arm an Aktiva ist. Man kann also sagen, dass, wenn der Erbschaftsbesitzer keine kreditwürdige Person ist, das attingere pecuniam inventam seitens desselben ein verhängnissvolles Ereigniss für den Erben ist. Die missliche Vermögenslage des Besitzers zieht den Ruin des Erben nothwendig nach sich. Bei den Kontraktverhältnissen wählt man die Personen, welchen man kreditiren will, selbst. Der Erbschaftsbesitzer wird aber dem Erben durch das Schicksal aufgedrängt, nicht von ihm gewählt. Und dieses Subjekt, welchem der Erbe freiwillig vielleicht niemals Kredit in der Höhe von 10 Mark gewähren würde, kann zu jeder Zeit ein Kreditverhältniss im Betrage von Tausenden dem Erben aufdrängen. Er kann die dem Erben gehörenden Geldsummen auf beliebige Weise verbrauchen und auf diese Weise vom Besitzer fremder Sachen zum persönlichen Schuldner werden. Um dieser Gefahr nach Möglichkeit vorzubeugen, gilt es, dem Besitzer Motive für das attingere zu entziehen und solche für das non attingere, für die depositio pecuniae hereditariae, zu schaffen. Darum keine Pflicht, usurae percipiendae im Falle des non attingere zu leisten. Sonst hätte der Besitzer Motive, das Geld nutzbar zu machen, d. h. den dinglichen Anspruch des Erben zu vernichten. Diese Motive hätte der Besitzer aber auch dann, wenn er von der pecunia inventa nach dem Prozessbeginn Interessezinsen zu leisten hätte. Der Besitzer würde erwägen: „wenn ich die erbschaftlichen 20 000 unangetastet aufbewahre, werde ich 1000 als Interessezinsen aus meiner Tasche zahlen; Wenn ich das Geld ausleihe oder in meinen Geschäften gebrauche, z. B. meine Schulden bezahle, werde ich nicht mehr Zinsen zahlen und den Nutzen vom Gelde haben; die depositio pecuniae hat für mich also keinen Sinn.“ Darum hat man dem m. f. p. gänzlich von der Zinsenpflicht zu befreien versprochen, wenn er nur das Geld in specie aufbewahrt. Wenn er diesem guten Rath nicht folgen will, wird ihm noch mit Zinsenpflicht und der Tragung der Gefahr des Kapitals gedroht. Diese Politik leuchtet uns um so mehr ein, wenn wir erwägen, dass faenerandi usus vix diuturnus vix stabilis

est etc. Wenn Justinian vorgeschrieben hat, dass die Mündelgelder lieber müssig aufbewahrt als ausgeliehen werden sollen, so können wir uns nicht wundern, dass man vom Standpunkt des Erben die Realsicherheit des Kapitals dem unsicheren und gefährlichen Gewinn an Zinsen vorgezogen hat.

Uebrigens haben die römischen Juristen im Namen des Erben noch schwerere Opfer gebracht, um nur die Realsicherheit, den dinglichen Anspruch für ihn zu retten. Die oben angedeutete Politik bezieht sich nicht nur auf die pecunia hereditaria, sondern auf alle res hereditariae. Ueber die Veräusserung der anderen res hereditariae haben die römischen Juristen gleichfalls ganz eigenthümliche Regeln ausgebildet.

Zur ordentlichen Verwaltung eines Vermögens gehört gewöhnlich vor Allem die Verwerthung von unnützen und mehr Kosten als Gewinn bringenden Sachen und von Sachen, die ohne Einkommen zu bringen mit der Zeit verderben. Nach allgemeinen Grundsätzen sollten wir also erwarten, dass der malae fidei possessor hereditatis und der b. f. possessor mit dem Augenblicke, als ihm die Pflicht zur ordentlichen Verwaltung imputirt werden kann (seit dem Prozessbeginn oder sonstigen Eintritt der mala fides), solche Sachen zu veräussern verpflichtet ist und dass er anstatt der Früchte von den unfruchtbaren Sachen die Zinsen von ihrem Werth (von der pecunia, quae ex pretiis redigi potuit) bezahlen muss. Ganz entgegengesetzte Regeln stellen die Quellen auf. Nicht nur verpflichten sie den wissenden Besitzer nicht zur Veräusserung der Sachen, welche in specie beizubehalten für die Wirthschaft schädlich ist, sondern schrecken ihn geradezu von dieser Veräusserung ab. Man lese nur die §§ 12 und 16 der l. 20 D. de H. P. 5, 3. Die allgemeine Regel über die Veräusserung der erbschaftlichen Sachen lautet:

si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum (§ 12).

Dann heisst es in Bezug auf die Sachen, „quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam (eod.). Dasselbe bestimmt der § 16 in Bezug auf die Sachen, „quae vel steriles erant vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio“.

Exorbitante Bestimmungen! Wenn der m. f. oder der bisherige b. f. possessor nach dem Prozessbeginn die Sachen veräussert, deren Beibehaltung in specie wirthschaftlich schädlich war, wird es der Willkür des Erben anheimgegeben, welche Rechnung er als für sich vortheilhafter, d. h. für den Besitzer lästiger machen will. Wenn er will, kann er immer noch den Verkauf nicht anerkennen und die Sache selbst mit den Früchten fordern. Welch unangenehme Folgen dies für den Besitzer haben konnte, wollen wir nur durch folgendes Fragment andeuten: Rerum ex hereditate alienatarum aestimatio in arbitrio petitoris consistit (Pauli S. I, 13 B, 3). Dies genügt, um für den Besitzer Motive zu schaffen, den dinglichen Anspruch des Erben nach Möglichkeit zu wahren. Andererseits verspricht man ihm, dass, wenn er die Sachen in specie aufbewahrt (non attingit), davon in keinem Falle die Zinsen berechnet werden, welche durch die Versilberung erzielt werden konnten. Immer nur die fructus rei, d. h. nichts, wenn die Sache beim Gebrauch in specie unfruchtbar ist (l. 1 § 2 C. de pet. her. 3, 31).

Diese Politik erinnert uns an die kaiserliche Gesetzgebung in Bezug auf die Mündelsachen. Dort hat man gleichfalls die Sicherheit des Vermögens dem unsicheren Gewinn vorgezogen.

Es ist auch zu beachten, dass die Veräusserung der pecunia in hereditate inventa und anderer erbschaftlicher Sachen seitens des Erbschaftsbesitzers dessen Gläubigern wichtige Vortheile bringt. Ihre Forderungen gewinnen an Werth und Sicherheit. Eine Forderung des dritten Gläubigers an den Besitzer, deren reeller Werth 1000 ist, kann im Falle der Vernichtung des dinglichen Anspruches des Erben den Werth von 5000 erlangen. Die eigennützigen Gläubiger haben daher dringende Motive, den Besitzer zum attingere und distrahere zu bewegen. Daraus ergeben sich hässliche Intriguen und Manipulationen. Aus Gefälligkeit für seine Gläubiger könnte der Besitzer ihren Bitten nachgeben und den Erben ruiniren.

Uebrigens ist zu bemerken, dass der Erbschaftsbesitzer vom Verkauf in den Fällen nicht abgeschreckt wurde, wo dieser Verkauf jedenfalls (auch bei der Insolvenz des Besitzers) für den Erben nützlich war:

Simili modo et si fundum hereditarium distraxerit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem

venire: quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire quam pretium (l. 20 § 2 D. de H. P. 5, 3).

Ebenso war kein Grund vorhanden, den Besitzer von dem Verkauf abzuschrecken, wenn er dem Erben Sicherheit geleistet hat (cautio, satisdatio). Uebrigens wurde sogar in diesem Falle nur der nothwendige Verkauf gestattet (l. 5 pr. eod.).

Einige Juristen wollten im Allgemeinen den nothwendigen Verkauf gestatten (l. 53 D. eod. von Paulus).

Ganz eigenthümlich ist die von Ulpian referirte Meinung Julians in der l. 33 eod. Dort heisst es, dass der Verkauf des Sklaven seitens des Besitzers sanktionirt wird, wenn „homo non necessarius hereditati" war. Diese Stelle steht in so schroffem Widerspruch mit allen bisher angeführten, nicht nur mit l. 20 §§ 12. 16, sondern auch mit den l. 20 § 2, l. 5 pr., l. 53 D. de her. pet., und mit den Grundsätzen über die Zinsen bei der her. pet., dass ihre Aufnahme in die Kompilation nur der Unaufmerksamkeit des Gesetzgebers zuzuschreiben ist.

Es giebt eine Kategorie von Gütern, deren Aufbewahrung in specie wirthschaftlich völlig absurd ist. Dies sind Früchte (vgl. oben B. I § 14). Die dargestellten Grundsätze, welche die Sicherung des dinglichen Anspruches für den Erben bezwecken, beziehen sich auch nur auf die Kapitalsachen. Bei den Früchten wird der Besitzer nicht nur von der ordnungsmässigen Verwerthung nicht abgeschreckt, sondern auch zur Erzielung des ökonomischen Gewinnes psychologisch gezwungen. Beim Verkauf der Früchte werden nur die pretia prästirt, und die Früchte allgemein als pecunia redacta vel quae redigi debuit behandelt, d. h. davon die Zinsen prästirt (indem hier die Kapitalisation des Einkommens eintritt, vgl. oben S. 217). Da die l. 51 § 1 D. de H. P. die Zinsenpflicht bei den kapitalisirten Früchten ganz allgemein anordnet, so ist anzunehmen, dass diese Vorschrift sich nicht nur auf das thatsächlich erzielte Geldeinkommen (fructus = pretia fructuum) bezieht, sondern auch auf die durch Nachlässigkeit zum Schaden der Wirthschaft aufbewahrten Rohprodukte (vergl. l. 20 § 15 D. eod.). Der Besitzer ist nicht nur das gewonnene Geld zu verzinsen verpflichtet, sondern auch den Werth dieser Rohprodukte (pretia, quae redigi debuerunt). Hier scheint also auch der dingliche Anspruch des Erben durch einen Zinsenanspruch begleitet zu werden.

Die in Bezug auf die dinglichen Ansprüche bei der her. petitio gefundenen Grundsätze können wir analog bei der Entscheidung der durch unsere Quellen nicht vorgesehenen Fragen bei der rei vindicatio anwenden. Dass bei der Vindikation der Geldmünzen oder anderer unfruchtbarer (in specie) Werthsachen wie Gold- und Silbergeschirr etc. die Schätzung der Zinsen vor dem Prozessbeginn unmöglich ist, brauchen wir kaum hervorzuheben. Usurae perceptae und fictae sind begrifflich ausgeschlossen, ebenso wie bei der pecunia hereditaria. Wenn der Sachbesitzer die Sachen in specie aufbewahrt hat, so sind keine usurae perceptae und fictae da. Wenn er die Sache konsumirt hat, so findet keine Vindikation statt.[1] Nur von den usurae percipiendae könnte die Rede sein. Diese würden aber für den Besitzer den Rath enthalten, die Sache zu veräussern, d. h. den Eigenthümer um seine Vindikation zu bringen. — Während des Prozesses suchte man dem Eigenthümer die Sache in specie gleichfalls, ebenso wie bei der her. pet., zu erhalten:

Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio iudicis succurretur, ut pretium dumtaxat debeat restituere (l. 15 § 1 D. de R. V. 6, 1, vgl. B. I S. 187 fg.).

Dieser höchst unsichere Vorschlag (fortassis succurretur), den nothwendigen Verkauf mild zu behandeln, zeigt, dass hier das römische Recht dieselben Tendenzen verfolgt hat, wie bei der her. petitio. Endlich zeigt die l. 19 pr. D. de usuris 22, 1 (si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit), dass bei der Vindikation der in specie unfruchtbaren Sachen der Kläger nur die gewinnbaren Miethszinsen, d. h. bei vielen Sachen gar nichts, fructuum nomine, nicht aber die Zinsen vom Werth der Sachen fordern konnte.

In Bezug auf die Früchte bei der rei vindicatio wäre die Zinsenpflicht freilich möglich. Die Frage wurde auch diskutirt, aber verneint, weil man nur bei einer universitas (wie die hereditas) die Kapitalisation des Einkommens angenommen hat (l. 15 D. de usuris 22, 1).

---

1) Bei der alienatio dolo malo wird die Veräusserung ignorirt; der Besitzer wird auf die Sache und Früchte ebenso verurtheilt, als wenn er die Sache im Besitze behalten hätte: dolus pro possessione est.

---

§ 22. Verhältniss der Zinsenforderung zum Kapitalanspruch.

Hier ist über die durch die herrschende Lehre dem Zinsenanspruch zugeschriebene eigenthümliche Natur — über seine Abhängigkeit vom Kapitalanspruch — kurz zu handeln.

1. Die erste Eigenthümlichkeit soll darin bestehen, dass die Zinsenpflicht eine Kapitalschuld voraussetzt, so dass der Zinsenlauf aufhört, wenn diese aufgehoben wird. Ist dies eine Eigenthümlichkeit der Zinsen? In der Lehre vom Fruchtbegriff haben wir uns überzeugt, dass es kein Fruchtverhältniss ohne den Kausalnexus mit dem Kapitalverhältniss giebt. Jede Art von Früchten setzt ein solches voraus, weil sie sonst keine Frucht, kein Einkommen vom Kapital ist. Es genügt den Ausdruck „Einkommen vom Kapital" auszusprechen, um sich zu vergegenwärtigen, dass die obige vermeintliche Eigenthümlichkeit der Zinsen für alle Früchte selbstverständlich ist (vgl. oben S. 6 S. 30 fg.).

2. Die zweite Eigenschaft, welche man speziell den sog. gesetzlichen Zinsen zuschreibt, besteht darin, dass die (schon entstandene) Zinsenpflicht keine selbständige Existenz hat, dass sie nur eine „Eigenschaft", eine „Erweiterung" und dgl. mehr der Hauptforderung bildet, dass sie daher nicht besonders klagbar ist, sondern nur officio iudicis im Prozesse über die Hauptforderung geltend gemacht werden kann. Darüber heisst es:

Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur (l. 49 § 1 D. de act. empt. 19, 1).

Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare. sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non

potes propter usuras experiri: non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur (l. 4 C. dep. 4, 34).

Zum Verständniss der Gegenüberstellung der usurae, quae in obligatione sunt, und der usurae officio iudicis ist noch die l. 24 D. dep. 16, 3 zu beachten:

. . . et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio.

Aus der Zusammenstellung dieser Aussprüche ergiebt sich, dass die usurae in obligatione im Gegensatz zu den usurae ex officio iudicis diejenigen Zinsen sind, welche auf einer besonderen Obligation beruhen und im Formularprozesse eine besondere Formel dem Gläubiger zur Verfügung stellen, welche von der Formel zur Geltendmachung des Kapitalanspruches verschieden und unabhängig ist. Welche besondere von der Forderung des Kapitals unabhängige und mit eigener Formel versehene obligatio usurarum dabei gemeint ist, wird in der l. 24 dep. cit. gesagt, wo dem officium iudicis die stipulatio entgegengesetzt wird. Wenn man sich die Zinsenleistung besonders stipulirte, so hatte man für die Einklagung derselben eine selbständige Formel. Dann liegen duae actiones, alia sortis alia usurarum, vor (l. 4 C. dep. cit.). Wenn man z. B. beim Darlehn sich Zinsen stipulirt, so klagt man auf die Rückgabe des Kapitals mit der Klage aus dem Vertrag mutuum, auf die Leistung der Zinsen mit der Klage aus der Stipulation. Wenn man dagegen die Zinsen ohne besondere Verabredung, auf Grund der allgemeinen Rechtsprinzipien, oder auf Grund eines pactum bonae fidei negotio adiectum zu beanspruchen hat, so muss man diesen Anspruch mit der Formel geltend machen, welche für die Einklagung des Kapitals gewährt wird (non duae sunt actiones alia sortis alia usurarum sed una). In der Formel wird die Zinsenpflicht nicht besonders hervorgehoben. Es gehört vielmehr zum officium iudicis, die Zinsenpflicht, sei es in Folge der eingetretenen mora oder usus alienae pecuniae etc., oder des pactum adiectum in der Kondemnation zu berücksichtigen. Darum heisst es, dass das officium iudicis im bonae fidei iudicium tantundem possit quantum stipulatio. In den beiden angeführten Stellen, welche die Geltendmachung der usurae, quae officio iudicis praestantur, beschränken, wird nun ausgesprochen, dass nach dem Untergang des Anspruches wegen des Kapitals die Zinsen nicht eingeklagt werden können, weil für die nicht stipulirten Zinsen

keine besondere actio existirt, da die Zinsenfrage nur in dem Prozess über die Hauptforderung officio iudicis entschieden wird. Die Thatsache ist nicht zu leugnen und nicht wegzudeuten. Insbesondere scheint es uns ganz unmöglich, die Stellen dahin zu interpretiren, dass der Gläubiger nur dann den Zinsenanspruch verliert, wenn er das Kapital ohne bezüglichen Vorbehalt angenommen hat.[1] Denn dieser hat keine Kraft eine besondere obligatio zu schaffen, eine selbständige formula zu gewähren. Dieses kann nur durch eine stipulatio erreicht werden, und der Gläubiger musste, wenn er den Anspruch auf die Zinsen sich sichern wollte, die geschuldeten Zinsen stipuliren. Wenn der Schuldner sie in einen Stipulationsvertrag nicht überleiten wollte, so blieb dem Gläubiger nichts anderes übrig, als die Annahme des Kapitals ohne die Zinsen zu verweigern. Daraus folgt natürlich nicht, dass der Gläubiger umgekehrt den Kapitalanspruch verliert, wenn er die Zinsen ohne das Kapital annimmt. Denn in diesem Falle bleibt die Formel aus dem bonae fidei negotium wegen des Kapitals fortbestehen. Ebensowenig schadet es dem Gläubiger, wenn er die Klage aus dem negotium anstellt und den Prozess auf die Zinsen beschränkt (praescriptiones). Denn auch in diesem Falle bleibt für ihn die Formel zur Einforderung des Kapitals aufrecht.

Si in iudicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem: quia enim non competit, nec opposita nocet. eadem erunt et si quis ex bonae fidei iudicio velit usuras tantum persequi: nam nihilo minus futuri temporis cedunt usurae: quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae (l. 23 D. de exc. rei iud. 44, 2).

Im ersteren Theile der Stelle ist der Fall der usurae stipulatae gemeint. Diese werden durch eine besondere Klage geltend gemacht, welche den Anspruch wegen des Kapitals gar nicht berührt. Ferner heisst es, dass die Beschränkung der Klage aus einem bonae fidei negotium auf die Forderung der Zinsen gleichfalls dem Gläubiger nicht schadet, weil das Fundament des Verhältnisses, die Kapitalforderung, aufrecht bleibt und, so lange dieses geschieht, auch der Zinsenlauf fortdauert.

Wir können also im Allgemeinen die römischen Grundsätze dahin fassen, dass der Zinsenanspruch, welcher nicht durch eine

1) Windscheid II § 259 und dort citirte.

vom Anspruch auf das Kapital unabhängige Klage geltend gemacht wird, durch das Bestehen der Kapitalsschuld bedingt ist.[1]

Ist nun diese Erscheinung eine besondere Eigenthümlichkeit des Zinsenanspruches? Müssen wir nicht vielmehr anerkennen, dass sie vielen Arten der Ansprüche gemeinsam ist? Wenn in der l. 4 C. dep. cit. entschieden wird, dass nach der Einklagung des Kapitals durch die actio depositi keine Klage wegen der Zinsen mehr angestellt sein kann: „non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una", so ist daraus zu schliessen, dass auch mit den Früchten es sich nicht anders verhält. Insbesondere, wenn der Depositar nicht, wie in der Stelle vorausgesetzt wird, das deponirte Geld in seinen Interessen verbraucht, sondern z. B. das deponirte Pferd zu Feldarbeiten gebraucht hat, so sehen wir keinen Grund, warum das fingirte Einkommen (der ortsübliche Miethszins) anders als usurae fictae behandelt werden sollte; auch hier trifft ja der Satz zu: non enim duae sunt actiones alia rei alia fructuum, sed una.

Dass die zwei angeführten Stellen gerade von den Zinsen, nicht aber von den anderen Früchten sprechen, hat keine principielle Bedeutung. Es ist auch sehr erklärlich, warum die römischen Juristen die Frage bei Gelegenheit der usurae in bonae fidei iudicio besonders besprochen haben, denn bei den Zinsen, welche sehr oft stipulirt wurden (Darlehn), ist es besonders wichtig, den Gegensatz zwischen den selbständig klagbaren Ansprüchen und den Ansprüchen ex officio iudicis nicht zu vergessen. Ausser den in unseren Stellen ausgesprochenen Gründen finden wir auch eine spezielle Bestätigung in den Quellen, dass die Früchte, für deren Einforderung keine selbständige Klage existirte, nach Untergang der Klage über das Kapital nicht immer eingeklagt werden konnten. In der l. 31 § 4 D. s. m. 24, 3 heisst es:

Si fundum dotalem recepisset mulier non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuisset, nihilo minus de dote agere potest, quia minorem dotem recepisset: hoc enim ad dotis augmentum pertinet, quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata vel hereditates, quae post divortium per servos dotales adquisitae marito fuissent.

Die ratio dubitandi, der Wortlaut der Entscheidung und die

1) Vielleicht war nur die Klagbarkeit bedingt, so dass wir hier mit einem Fall der obl. naturalis zu thun haben?

Begründung wären uns ganz unverständlich, wenn man immer nach der Annahme des Kapitals noch die nicht gelieferten Früchte nachfordern könnte. Die ganze Ausführung beruht eben darauf, dass dies im Allgemeinen unzulässig ist. Bei der dos werden die Früchte kapitalisirt, sie bilden einen Theil der universitas dotis, sie werden selbst zum Kapital ebenso wie die durch die Dotalsklaven erworbenen Erbschaften. Nur darum können sie nach der Annahme des ursprünglichen Kapitals, d. h. nur eines Theils des gegenwärtigen Kapitals, eingeklagt werden. Actio de dote manet, weil das Dotalkapital noch nicht vollständig restituirt ist. Dies muss aber auch auf die Zinsen bezogen werden, wenn solche sich zwischen den Früchten des Dotalkapitals befinden. Denn alle Ansprüche der Frau werden als augmentum dotis behandelt, d. h. zum Kapital geschlagen.

Die beschränkte Klagbarkeit der Ansprüche, welche officio iudicis geltend gemacht werden und keine selbständige formula gewähren, ist übrigens nicht nur in Bezug auf das Gebiet der bonae fidei iudicia anzunehmen. Der Eigenthümer einer Sache, welcher diese vom Besitzer ohne cautio angenommen hat, verliert gleichfalls die Möglichkeit, seine Ansprüche wegen der Früchte und wegen der culposen Beschädigung geltend zu machen. Er hat freilich bei gewissen Voraussetzungen selbständige Ansprüche wegen der Früchte und der Beschädigungen. Wenn nämlich der Besitzer in mala fide war, so hat der Eigenthümer des Kapitals eine vindicatio fructuum extantium und eine condictio fructuum consumptorum. Diese Ansprüche können selbstverständlich ebenso wie die usurae stipulatae auch nach der Annahme des Kapitals geltend gemacht werden. Indessen gewähren sie dem Eigenthümer unter Umständen viel weniger, als die Fruchtansprüche officio iudicis bei der rei vindicatio (keine fr. percipiendi, kein fingirtes Einkommen, das Nähere später). Ebenso kann der Eigenthümer auch nach der Annahme der Sache selbständige actio legis Aquiliae anstellen. Wenn aber die Beschädigung dem Thatbestand der a. l. Aquiliae nicht entspricht (culpa in non faciendo), so hat er keinen Anspruch mehr (vgl. ll. 13. 14 D. de R. V. 6, 1).

Es ist also jedenfalls unrichtig, wenn die Literatur die Frage über die Klagbarkeit der usurae officio iudicis als eine den Zinsen eigenthümliche Erscheinung behandelt. Die Frage muss vielmehr in einer viel allgemeineren Gestalt aufgestellt und erörtert werden. Wir glauben, dass für die richtige Würdigung der römischen Grund-

sätze auch die Untersuchung über diejenigen Ansprüche hinzugezogen werden muss, welche, selbständig nicht klagbar, nur durch eine exceptio bei der Klage wegen des Kapitalanspruches geltend gemacht werden können. Je allgemeiner man die Frage stellt, desto besser kann man die Erscheinung im Einzelnen dogmatisch fixiren, die Regeln und die Fälle, in welchen Ausnahmen Platz greifen, erkennen und die civilpolitische Bedeutung der Regeln und der etwaigen Ausnahmen aufklären. Aus diesem Grunde betrachten wir die oben gelieferten Bemerkungen keineswegs als erschöpfend. Sie sollten nur unsere Stellungnahme zur Frage andeuten, insbesondere die Rechtfertigung liefern, warum wir einer eingehenderen Untersuchung aus dem Wege gehen. Die Frage gehört nicht in die Zinsen- und nicht einmal in die Fruchtlehre, sondern in die Lehre von der Geltendmachung der Ansprüche. Auch die civilpolitische Kritik der römischen Grundsätze können wir hier nicht liefern; in dieser Hinsicht möchten wir nur Folgendes bemerken. Vom Standpunkt der instinktiven Billigkeit und der praktischen Rücksicht auf die leichte Bewegung des Verkehrs scheinen die römischen strengen Grundsätze nutzlose Formalitäten zu sein. Daher versucht man oft den einfachen Sinn der Quellen umzudeuten oder einzuschränken (Vorbehalt des Gläubigers). Uns scheint die Frage nicht so einfach zu entscheiden. Man muss vielmehr erwägen, ob die Beschränkung der Geltendmachung von Zinsenansprüchen und dgl. auf die Zeit des Bestehens der Kapitalschuld dem Schuldner nicht einen Schutz vor den Missbräuchen seitens der Gegenpartei und vor wirthschaftlichen Ueberraschungen gewährt. Wenn z. B. der Gläubiger das Kapital gerichtlich oder aussergerichtlich fordert, ohne von den Verzugszinsen zu reden, so wird oft der Schuldner andere Posten der Abrechnung nicht beanstanden, obgleich er diese als für sich bedrückend und ungerechtfertigt hält. Er wird z. B. die etwaigen zu hoch veranschlagten Kosten oder unfreiwillige Verluste des Gläubigers anerkennen, weil er sich denkt, dass dieser zwar in einigen Posten zu viel fordert, in anderen aber für ihn nachsichtig ist, im Allgemeinen bescheidene Forderungen stellt. Oft kommt es vor, dass der Schuldner nur darum die Prätensionen des wirklichen oder vermeintlichen Forderungsberechtigten zu bestreiten verzichtet und freiwillig erfüllt, weil er annimmt, dass im Falle des wirklichen Bestehens der Ansprüche die allgemeine Rechnung nicht übertrieben ist. Um Ruhe zu haben, wird man vielleicht 1000 ohne nähere Prüfung und Streit bezahlen, obgleich man

1500 nicht so leicht bezahlt hätte. Das römische Recht beseitigt nun für den Gläubiger Motive, ein solches Versteckspiel zu treiben und den Schuldner, welcher die präsentirte Rechnung anerkannt und bezahlt hat, nunmehr durch neue ins Feld geführte Forderungen auszubeuten und die Anerkennung der früheren Rechnung bereuen zu lassen. Auch ist es ein sehr guter Gedanke, dass dem arbiter im bonae fidei iudicium gleichsam alle Karten und die ganze Strategie des Gläubigers gezeigt werden müssen. Er wird dann manche gegen bona fides verstossende Ausbeutung und Unredlichkeit in der Rechnung bemerken, welche er nicht bemerkt hätte, wenn der Gläubiger einige Posten vorläufig unterdrücken könnte. — Auch wenn der Gläubiger keine eigennützigen und listigen Pläne verfolgt, sondern einfach die Zinsen erst später, nach der Annahme des Kapitals einzufordern sich besinnt, so würde diese Nachforderung im durchschnittlichen Falle mit schädlichen Folgen begleitet, weil auch hier der Schuldner, wenn nicht durch eigennütziges Betragen, so jedenfalls durch die Nachlässigkeit des Gläubigers Ueberraschungen unterworfen wäre. Wenn keine von den beiden Voraussetzungen vorliegt, sondern es für beide Parteien bequemer ist, die Kapitalforderung zu tilgen und die Zinsenforderung zu reserviren, so können der Gläubiger und der Schuldner eine entsprechende stipulatio schliessen. Jetzt genügt eine formlose Verabredung, keinesfalls aber ein einseitiger Vorbehalt des Gläubigers ohne Zustimmung des Schuldners.

---

§ 23. Römische Lehre vom Zinsenersatz und das Gemeine Recht.

Aus unserer Darstellung der römischen Lehre vom Zinsenersatz ergiebt sich, dass diese jetzt zum Theil ein socialwirthschaftlicher Anachronismus ist. Die Hauptursache, warum sie auf die modernen Verhältnisse nicht vollständig passt, besteht darin, dass man jetzt die Zinsen als das vollkommenste Einkommen vom Kapital, d. h. als das ständigste, regelmässigste und für das Kapital am wenigsten gefährliche Einkommen, gewinnen kann, während in Rom die Zinsen ein Mittelding zwischen dem ordentlichen fructus und den aleatorischen Gewinnen waren. Dadurch bestimmt sich die Aufgabe der modernen Jurisprudenz und der Gesetzgebung in Bezug auf die Lehre vom Zinsenersatz. Diese Aufgabe besteht darin, die Errungenschaften des römischen Rechtes, welche ihren Werth beibehalten haben, von den sozialwirthschaftlichen Anachronismen zu scheiden, die letzteren als solche zu verstehen, den ersteren Anerkennung und weitere Entwickelung zu verschaffen.

Was insbesondere die eigenthümlichen römischen Regeln über die Verwaltung der Geldsummen anbetrifft (oben § 18), so können wir sie als geltende aus folgendem Rechtsgrunde nicht betrachten. Sie enthielten in Rom die Rechtsvorschriften darüber, wie sich die ordentliche Verwaltung des Vermögens im Einzelnen zu gestalten hat. Wenn sie jetzt angewendet würden, so enthielten sie im Gegentheil die Regeln einer unordentlichen, die Interessen der Allgemeinheit und der Betheiligten schädigenden Verwaltung. Da aber der Satz, nach welchem der Vormund, der Geschäftsführer etc. die Interessen ihrer Gegenparteien zu fördern haben, recipirt und geltendes Recht ist, so können wir nicht gleichzeitig die

diesem Satze widersprechenden Regeln als geltend betrachten. Auf Grund dieser einfachen Erwägung sind viele römische iustae causae depositionis pecuniae als beseitigt zu betrachten. Nach dem römischen Recht durfte und musste der Verwalter fremden Vermögens das Geld müssig verwahren (in causa depositi habere), wenn er zur Annahme Grund hatte, dass das Geld eine Verwendung erwarte (Ansammlung der Summen zum Ankauf von Grundstücken, zur Bezahlung einer Schuld). In diesem Falle war der Verwalter zinsenfrei und für den zufälligen Untergang der Summe unverantwortlich. Ein guter Richter wird jetzt im Gegentheil entscheiden, dass die Geldsummen nicht zu Hause müssig aufbewahrt, sondern verzinslich so angelegt werden müssen, dass sie im Falle des Bedürfnisses sogleich flüssig gemacht werden können (Werthpapiere, laufende Rechnung). Wenn der Verwalter die Summe müssig verwahrt und diese gestohlen wird, verbrennt etc., so ist er jetzt für den Schaden verantwortlich, weil ein ordentlicher Wirth die Gefahr des Unterganges und den Zinsenverlust sehr leicht durch die Benützung der Kreditanstalten vermeiden kann. Andernfalls ist er ein schlechter Wirth, und der Verlust von Zinsen und Kapital ist seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben.

Ebensowenig kann jetzt der Verwalter die Summen ohne Zinsen restituiren oder den zufälligen Untergang des Geldes unter dem Vorwande geltend machen, dass er keine occasio faenerandi gefunden und darum das Geld aufbewahrt hat. Aus demselben Grunde ist der Satz, wonach der Geschäftsführer eine iusta causa depositionis hat, wenn der Geschäftsherr sein Geld müssig zu verwahren pflegte etc., nur eine geschichtliche Reminiscenz (oben S. 186 fg.). Das Gesetz von Justinian, wonach der Vormund überhaupt von der Verpflichtung, die Mündelgelder verzinslich anzulegen, befreit wurde, ist schon längst durch die Praxis beseitigt.

Dasselbe ist in Bezug auf den malae fidei possessor hereditatis anzustreben. Jedenfalls ist zu entscheiden, dass dieser die Summen nicht in seiner Wohnung Gefahren wie der des Diebstahls aussetzen darf. In Bezug auf die pecunia redacta ist er unseres Erachtens als zur verzinslichen Anlage verpflichtet anzusehen (oben S. 190 fg.). Dasselbe ist über den Pfandgläubiger in Bezug auf die Hyperocha zu behaupten (oben S. 185 fg.). Dagegen kann man aus der Pflicht zur ordentlichen und vernünftigen Verwaltung der Erbschaft im Interesse des Erben nicht den Satz folgern, dass auch die pecunia inventa verzinslich anzulegen ist. Die römischen Regeln

über die pecunia inventa lassen sich nicht beseitigen, weil sie die Erhaltung des dinglichen Anspruches für den Erben bezwecken, was auch jetzt im Fall des Konkurses für ihn von der grössten Wichtigkeit ist. Die erbschaftlichen Summen sind jetzt nach dem Sinne des römischen Rechtes als Depot bei einer sicheren Kreditanstalt niederzulegen.

Die Haftung für casus (ausser der vis maior [1]) bei der verzinslichen Anlage von fremden Geldsummen hat jetzt thatsächlich ihre gefährliche Seite für den Verwalter eingebüsst. Denn er vermag (und durch die erwähnte Haftung wird er sehr wirksam angespornt) eine so sichere verzinsliche Anlage zu besorgen, dass das Risiko der Insolvenz des Schuldners (öffentliche Kreditanstalten, sichere Hypotheken) praktisch gar nicht in Betracht kommt. Wenn der Verwalter durch die Instruktionen des Principals gebunden ist, so dass er keine freie Wahl der Art der verzinslichen Anlage hat, so ist er auch nach römischem Rechte nur für culpa verantwortlich.

Im Uebrigen lässt sich die Haftung für periculum nicht beseitigen, weil sie der vernünftigen Verwaltung des fremden Vermögens nicht widerspricht und noch jetzt ihren vernünftigen Sinn nicht eingebüsst hat.

Dass die Regel, wonach die Zinsen demjenigen gebühren, welcher die Gefahr der Ausleihung der herauszugebenden Geldsummen trägt, schon für das römische Recht grundfalsch ist, brauchen wir kaum hervorzuheben. Fast alle Personen, welche die gewonnenen Zinsen herausgeben müssen, tragen nach dem römischen Recht die Gefahr der Ausleihung. Wie man zur Bestätigung des traditionellen Satzes die l. 62 pr. D. de R. V. 6, 1 und andere Stellen über den Erbschaftsbesitzer herbeiziehen kann,[2] ist uns ganz unverständlich, da der m. f. possessor hereditatis gerade die gewonnenen Zinsen herausgiebt und die Gefahr der Ausleihung trägt.[3] Es ist auch zu berücksichtigen, dass alle diejenigen Personen die Gefahr des Kapitals tragen, welche die Zinsen als Interessefrüchte, als fingirtes oder geopfertes Einkommen prästiren. Höchstens könnte man behaupten, dass in den zwei besonderen

1) Vgl. den Bericht von Paulus (S. I, 4, 3) über den allgemeinen Grundsatz der b. f. iudicia, oben S. 194 fg., und die genauere Bestimmung der l. 36 § 1 D. neg. gest. 3, 5.

2) Vgl. Windscheid § 327 N. 12.

3) Ebensowenig berechtigt ist die Herbeiziehung der l. 46 § 1 D. ad sctum Treb. 36, 1; vgl. oben Bd. I S. 18.

Fällen der l. 10 § 8 D. mand. und l. 67 § 1 D. pro socio die vom fremden Gelde gewonnenen Zinsen nicht herauszugeben sind, und dass in diesen zwei besonderen Fällen die Gefahr des Kapitals bei der Ausleihung auf die Entscheidung über die Zinsen von Einfluss war. In diesen zwei Fällen werden die Zinsen als aleatorische Gewinne, als kein lucrum ex aliena pecunia behandelt. Wir glauben aber nicht, dass ein vernünftiger Richter jetzt nach diesen Stellen seine Entscheidung treffen würde. Es ist auch kaum glaublich, dass jetzt ein socius zu behaupten Muth hätte, dass er die vom gemeinschaftlichen Geld gewonnenen Zinsen für sich ausschliesslich darum beanspruche, weil er das Geld auf eigene Gefahr verzinslich angelegt habe. Da jetzt die Zinsen immer ohne jede nennenswerthe Gefahr gewonnen werden können, so wäre diese Behauptung noch viel sonderbarer, als wenn er den vom gemeinschaftlichen Schiff gewonnenen Miethszins für sich aus dem Grunde beanspruchte, dass er die Vermiethung auf eigene Rechnung und Gefahr vorgenommen habe. Die Entscheidungen, welche sich nur aus den Eigenthümlichkeiten des römischen Kredites ergeben, und welche auch nach dem römischen Recht Ausnahmeerscheinungen sind, will man jetzt in eine allgemeine Regel verwandeln!

Was auch die Theorie behaupten möchte, die vernünftige Praxis wird die vom verwalteten fremden Gelde gewonnenen Zinsen immer herausgeben lassen, ebenso wie alle anderen Einkünfte, gleichgültig, ob der Verwalter auf eigene oder auf fremde Gefahr die Einkommensgewinnung vorgenommen hat. Es ist jedem Verwalter erlaubt, die Gefahr der verzinslichen Anlage, der Vermiethung etc. auf sich zu nehmen. Es wäre aber für ihn ein zu gutes Geschäft, wenn er als praemium periculi das Gewonnene für sich beanspruchen könnte. Dies wäre keine Verwaltung, sondern eine Ausbeutung der vertrauenden Person. Wenn man die l. 67 § 1 pro socio und l. 10 § 8 mand. für die dogmatischen Schlüsse benutzt, so ist in diesen Stellen für das moderne Recht nur folgender Satz enthalten: wenn der Mandatar oder der Gesellschafter das zu verwaltende Geld auf eigene Rechnung zu aleatorischen Geschäften (wie Wette, Spiel, Differenzgeschäfte) gebraucht, so verbleibt ihm der Gewinn und der Verlust. Der Prinzipal soll weder Schaden noch Nutzen von solchen Geschäften haben. Der relevante Thatbestand, an welchen in den erwähnten Stellen die Entscheidung geknüpft ist, besteht im aleatorischen Element der vorausgesetzten Erwerbsthätigkeit.

Auch die Zinsenfreiheit bei den Bereicherungsklagen ist jetzt als aufgehoben zu betrachten. Der Grund dafür lautet einfach: jetzt wird der Prozess über die Herausgabe der Bereicherung als bonae fidei iudicium behandelt, wie im Allgemeinen die Eigenthümlichkeiten der stricti iuris iudicia kein geltendes Recht sind. Sonderbarer Weise behauptet die Theorie, dass aus dieser Rechtsveränderung sich nur die Zinsenpflicht nach dem Verzug ergebe.[1] Dies kann nur etwa dadurch erklärt werden, dass man für jeden Fall der gesetzlichen Zinsenpflicht eine ausdrückliche Rechtsbestimmung fordert. Aber auch von diesem Standpunkt handelt man gegen die Quellen. Wenn man aus dem römischen Satze, dass bei den bonae fidei iudicia nach dem Verzug Zinsen zu zahlen sind, folgert, dass jetzt auch bei den Bereicherungsklagen diese Regel zutrifft, weil sie jetzt als bonae fidei iudicia gelten, so sollte man z. B. auch die Stellen beachten, welche den Ersatz der fingirten oder gewonnenen Zinsen als den bonae fidei iudicia gemeinsam bezeichnen (vgl. z. B. l. 29 § 1 D. dep.: ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine [usus pecuniae] praestare cogitur).

Im Allgemeinen sind die oben gewonnenen Regeln über die Zinsen bei den iudicia, welche nicht stricti iuris waren, jetzt auf die Bereicherungsklagen anzuwenden. Aus denselben Gründen und nach demselben Massstab wie das gewonnene, fingirte, versäumte, entzogene Einkommen, wenn es nicht in Zinsen besteht, geschätzt wird, müssen auch die Zinsen geschätzt werden. Die Anerkennung dieses Prinzips wird vom civilpolitischen Standpunkt eine wichtige Rechtsverbesserung herbeiführen. Die jetzt in Folge der mangelhaften Erkenntniss der römischen Grundsätze über den Zinsenersatz gelehrte Regel: bei den Bereicherungsklagen keine gesetzlichen Zinsen ohne Verzug — führt dahin, das die Personen, welche ohne Grund fremde Kapitalien in der Hand haben, einen sicheren Gewinn auf Kosten ihrer Gegenparteien geschenkt bekommen. Dies ist an sich nicht sachgemäss. Wenn wir aber noch dazu erwägen, dass diese Personen auf Grund eines solchen Rechtes Motive gewinnen, das grundlose Haben so weit möglich zu verlängern und die Rückgabe zu verschieben, so müssen wir die gegenwärtige Theorie scharf verurtheilen.

Bei dem Anspruch aus dem Darlehn, welcher in Rom gleichfalls die Form der condictio hatte, sind jetzt die Zinsen natürlich

1) Vgl. z. B. Windscheid § 424 N. 2.

erst seit dem Verzug zu ersetzen, weil das Kapital dazu dargeliehen wird, damit der Darlehnsnehmer davon nach Belieben für sich Nutzen ziehe. Seit dem Verzug erst sollte das Kapital wieder beim Gläubiger sein und diesem Nutzen bringen. Das seither mit Unrecht entzogene Einkommen muss ersetzt werden.

Wenn wir das oben Angeführte zusammenfassen, so ergiebt sich, dass jetzt die Zinsen in denselben Fällen wie andere Früchte und nach denselben Regeln bei allen (ausser den dinglichen) Kapitalansprüchen geschätzt werden müssen.

Was die Privatstrafen im Gebiete der Zinsen anbetrifft (oben § 17), so sind die Gesetze Justinians über die Höhe und Frist der Judikatszinsen als beseitigt anerkannt. Jetzt laufen nach dem Urtheil gewöhnliche Verzugszinsen weiter. Natürlich sind diese nur vom Kapital, nicht aber von der im Urtheil dem Kläger zuerkannten Summe der Zinsen zu zahlen. Dagegen wird noch jetzt gelehrt, dass der Vormund und Geschäftsführer, welcher die verwalteten Kapitalien im eigenen Nutzen verwendet, die usurae maximae (6 %) zahlt, ebenso dass die Verwendungen auf die Reparatur eines gemeinsamen Hauses mit 12 % zu verzinsen seien etc. Dieser Standpunkt der herrschenden Lehre erklärt sich durch die Annahme, als ob die Höhe der Zinsen nach dem römischem Recht nicht nach den konkreten Umständen ermittelt, sondern gesetzlich fixirt ist. Wenn die Zinsen eine vom Gesetzgeber positiv anerkannte Entschädigung für die Vorenthaltung des Geldes bilden, so unterscheiden sich die usurae maximae nur dadurch von den anderen gesetzlichen Zinsen, dass hier der Gesetzgeber eine höhere Entschädigung dem Gläubiger bewilligt hat. Vom Standpunkt unserer Theorie enthalten aber die beiden erwähnten Bestimmungen den Strafzuschlag zu den ohne diesen nach allgemeinen Grundsätzen gebührenden Zinsen. Es gilt aber jetzt der allgemeine Grundsatz, dass die römischen Privatstrafen nicht anzuwenden sind. Dies ist ein tiefbegründeter und vom civilpolitischen Standpunkt wohlthätiger Grundsatz. Die Privatstrafen in Rom haben die Funktion erfüllt, für Privatleute Motive für die Denuntiation und Verfolgung der Delikte zu schaffen. Dies war ein malum necessarium in Folge der mangelhaften Entwickelung des Institutes der Aufdeckung und Verfolgung der Delikte ex officio durch Staatsbeamte. Der moderne Staat hat dagegen einen genügenden Apparat, um die Delikte aufzudecken und zu verfolgen (Kriminalpolizei, Staatsanwälte etc.). Ausser der Demoralisation

des Privatanklägers (welcher aus fremdem Verbrechen und seiner Denuntiation Vortheil zieht) bewirken die Privatstrafen noch manche andere Uebel. Sie bedrücken den Armen und haben keine grosse Bedeutung für den reichen Delinquenten. Es ist ein grosser Unterschied, ob das duplum des Kapitals oder der Strafzusatz zu den Zinsen den vermögenden oder unvermögenden Menschen trifft. Für den letzteren kann eine solche Strafe einen wirthschaftlichen Ruin bedeuten, während der erstere sie kaum fühlt. Ausserdem können die römischen Privatstrafen nicht dem Grade der Schuld angepasst werden, weil sie objektiv in Quoten eines Vermögensobjektes im Voraus für alle Fälle gleich bestimmt sind. Kurz, sie spotten jeder Kritik vom Standpunkt der modernen Straftheorie. Wenn wir noch bedenken, dass die modernen Strafgesetze ohne Berücksichtigung der römischen Privatstrafen verfasst wurden, so sehen wir ein, dass z. B. der Strafzusatz zu den usurae pupillares bis zur Höhe der usurae maximae einen Zusatz zu der durch den Strafgesetzgeber als genügend anerkannten öffentlichen Strafe bildet, d. h. ein Vergehen mehr, als für nöthig anerkannt, bestraft. Dass man die Geltung der 12 % bei den Verwendungen auf die Reparatur des Hauses lehrt, ist ein noch grösserer Fehler als der Satz über die usurae maximae im Falle der Veruntreuung fremden Geldes. Warum betrachtet man andere Gesetze des Titels Cod. de aedificiis nicht als geltendes Recht? Wenn das moderne Baupolizeirecht diese anderen Bestimmungen ersetzt hat, verstehen wir nicht, warum gerade das Gesetz über 12 % noch in Kraft geblieben wäre. Man sucht nur diese Zinsen auf 6 % künstlich herabzudrücken, indem man bemerkt, dass die Kompilatoren vielleicht nur aus Versehen sie auf 6 % nicht herabgesetzt haben.[1] Dieses Verfahren erscheint als besonders willkürlich, wenn wir berücksichtigen, wie radikal die anderen Massregeln sind, welche im Titel de aedificiis für die Erhaltung der aedificia vorgeschrieben werden (vgl. oben S. 174 Anm.). Anstatt die klaren Quellenzeugnisse wegzuinterpretiren, ist es richtiger, die ganze Bestimmung, insofern sie für die säumigen socii eine Privatstrafe enthält, als antiquirt anzuerkennen, wie man dies in Bezug auf andere römische Privatstrafen mit Recht gethan hat.

1) Vgl. Windscheid II § 260 N. 4.

Von den **Privilegien** im Gebiete der Zinsen ist der Satz, nach welchem der Fiskus 6 % fordern konnte, als antiquirt anerkannt.[1]

Bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Ersatz der Zinsen als Früchte spielte in Rom eine grosse Rolle die Ermittelung des ortsüblichen Zinsfusses; wir haben uns überzeugt, dass zwar der traditionelle Satz über die landesübliche Höhe der zu ersetzenden Zinsen falsch ist, dass aber thatsächlich die Bestimmung der zu ersetzenden Zinsen sich sehr oft auf die Berechnung der ortsüblichen Zinsen reduzirte, was auch z. B. in Bezug auf die Miethszinsen von Häusern, Thieren und dgl. wahr ist, indem auch hier meistens der ortsübliche Miethszins bei der Berechnung des zu ersetzenden Einkommens zu Grunde gelegt werden muss.

Der Zustand des römischen Kredites, Geldmarktes und Kommunikationswesens führte dahin, dass der übliche Zinsfuss an verschiedenen Orten sehr verschieden war:

Pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris (l. 3 D. de eo quod cert. 13, 4).

secundum morem provinciae praestabit usuras aut quicunces aut trientes aut si quae aliae leviores in provincia frequentantur (l. 7 § 10 D. de adm. et per. 26, 7).

Auch in dieser Beziehung sind jetzt die Verhältnisse anders geworden. Die Entwickelung des Kredit- und Kommunikationswesens, im Allgemeinen derjenigen Verhältnisse, welche durch die Bezeichnung „Geldmarkt“ zusammengefasst werden und auf die Einheitlichkeit des Zinsfusses in verschiedenen Theilen des Staates von Einfluss sind, hat dahin geführt, dass der Marktwerth der Geldnutzung keinen nennenswerthen Unterschied nach verschiedenen Theilen eines Staates aufweist. Während darnach in Rom ein Gesetz, welches den landesüblichen Zinsfuss für die Berechnung der zu ersetzenden Zinsen einheitlich bestimmte, willkürlich und schädlich wäre, weil es für einige Personen Geschenke, für andere unbegründete Verluste bringen würde, müsste man jetzt als einen Uebel-

1) Dernburg II § 30 N. 2. Vgl. noch den bei Arndts § 207 N. 3 sub aa citirten Plenarbeschluss des O.A.Gerichts in München vom 5. Juni 1844 über die l. 17 § 5 D. de usuris: „Dieses Privilegium ist auf andere Obligationsverhältnisse und auf andere als Verzugszinsen nicht auszudehnen.“

stand bezeichnen, wenn die Richter jedesmal die Höhe des landesüblichen Zinsfusses zu bestimmen hätten. Dies wäre ein unnöthiger Zeit- und Kraftverlust, eine überflüssige Quelle der Beweis- und Streitfragen. Ausserdem vermag der Gesetzgeber, welcher über ein reiches statistisches Material und Arbeitskräfte verfügt, viel besser für alle Richter des Staates die Frage einheitlich zu lösen, als diese selbst.

Der Reichsdeputationsabschied v. 30. Oktober 1600 § 139 hat die Verzugszinsen beim Darlehn auf 5 % normirt, „damit die Parteien in puncto liquidationis an unserm Kays. Cammer-Gericht des langweiligen Prozess enthoben seyn möchten“.[1]

Der Gläubiger kann darnach auch grössere Zinsen fordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er solche bei rechtzeitiger Leistung gewonnen hätte. Die 5 % des Gesetzes haben nur die Stelle der römischen landesüblichen Zinsen eingenommen, welche ohne näheren Nachweis als der wahrscheinliche Gewinn gefordert werden konnten.

Man ist nun darüber einig, dass dieses Gesetz nicht nur beim Darlehn, sondern auf alle Verzugszinsen anzuwenden ist. Dagegen wurden über seine Anwendbarkeit auf andere Fälle, wo die landesüblichen Zinsen in Betracht kommen, verschiedene Meinungen geäussert. Gegen die Ansicht, nach welcher 5 % gemeinrechtlich als landesübliche Zinsen allgemein angesehen werden sollen, wurde eingewendet, dass sie jeden Beweises entbehre.[2] Nach dem Wortlaut des Gesetzes freilich ist diese Meinung unbewiesen. Dasselbe ist aber in Bezug auf die communis opinio zu behaupten, welche die Bestimmung des angeführten Reichsdeputationsabschiedes, die nur vom Darlehn spricht, auf andere Rechtsverhältnisse ausdehnt. Es handelt sich indessen nicht um eine buchstäbliche Interpretation, sondern um den Umfang des Gebietes der analogen Anwendbarkeit des Gesetzes auf gleiche Fälle. Indem man behauptet, dass das Gesetz nicht nur beim Darlehn, sondern analog auf andere Rechtsverhältnisse beim Verzug anzuwenden ist, nicht aber auf andere Fälle, wo die landesüblichen Zinsen in Betracht kommen, findet man, dass dort die analogia legis zutrifft, hier nicht zutrifft. Eine solche Unterscheidung hätte vom Standpunkt der herrschenden Lehre insofern einen Schein der Berechtigung, als man die Zinsenlehre

1) Ueber die Bedeutung des Gesetzes vgl. Behrend in Ztschr. für Rechtsgesch. XIV. Germ. Abth. S. 85 fg.; Puchta, Pand. § 229 N. bb; Arndts § 210 N. 3; Windscheid II, § 280 N. 8; Dernburg II § 28.

2) So Windscheid II § 260 N. 5 gegen Dernburg II § 28.

als eine system- und prinziplose Masse positiver Gesetze betrachtet: für jeden Fall der positiven Bestimmung muss eben solche positive Bestimmung erlassen werden, damit die erstere abgeändert sei. Wenn die Zinsenlehre eine gesetzliche Kasuistik ist, so hat die analoge Anwendung des Rechtes keinen Raum. Wenn man aber die Zinsenlehre als ein System der allgemeinen Grundsätze betrachtet, so wird man mit der analogia iuris und legis viel freier und sicherer operiren können.

In allen Fällen, wo die landesüblichen Zinsen in Betracht kommen, handelt es sich um eine und dieselbe Erscheinung, um den Marktwerth der Kapitalbenutzung. Für alle diese Fälle ist die Bestimmung, dass die landesüblichen Zinsen ersetzt werden müssen, keine willkürlich positive, in verschiedenen Fällen zufällig gleichlautende Vorschrift, sondern ein dem wirthschaftlichen Wesen der Verhältnisse entsprechender allgemeiner Grundsatz. Deshalb finden wir keinen Grund, warum der Marktwerth der Kapitalbenutzung, welcher ohne Verzug in Betracht kommt, anders bestimmt werden sollte, als derselbe beim Verzug. Der Zweck des Gesetzes — die Vereinfachung der Praxis — trifft auch in beiden Fällen in gleicher Weise zu. Nach seinem Sinne besteht keine grössere Analogie zwischen den landesüblichen Zinsen beim Darlehnsverzug und bei anderen Fällen des Verzuges, als zwischen den landesüblichen Zinsen beim Darlehnsverzug und den Fällen, wo dieselben ohne Verzug zu zahlen sind.

Man muss auch den Umstand berücksichtigen, dass beim Verzug der Gläubiger nicht immer dasjenige Einkommen fordert, welches er nämlich selbst gewinnen könnte. Er kann sich unter Umständen mit dem Hinweis begnügen, dass die Einkünfte landesüblicher Höhe von dem Schuldner selbst bei genügender Sorgfalt gewonnen werden konnten, oder dass der Schuldner das Kapital selbst gebraucht hat und schon aus diesem Grunde nicht weniger als den Marktwerth der Benutzung des Kapitals restituiren muss. Wenn man also annimmt, dass die landesüblichen Zinsen beim Verzug 5 % betragen, so ist es ganz inkonsequent, dasselbe von landesüblichen Zinsen als usurae percipiendae oder fictae nicht anzunehmen, da auch im Falle des Verzuges diese Zinsen in Betracht kommen und mit 5 % restituirt werden können.

Wir glauben also, dass man vom Standpunkt der juristischen Konsequenz und der praktischen vom Gesetze verfolgten Rücksichten sich für die allgemeine Bedeutung desselben entscheiden müsste.

Das Ergebniss ist freilich nicht besonders erfreulich. Es spielen hier gewichtige socialpolitische Rücksichten mit. Da nämlich das Gesetz, was die Höhe des dort angenommenen Zinsfusses anbetrifft, ein Anachronismus ist, indem jetzt die landesüblichen Zinsen bedeutend weniger als 5 % betragen, so bringt es eine Liebesgabe der Gläubigerklasse auf Kosten der Schuldner (vgl. unten § 28).

Darum ist es u. E. die Pflicht der Wissenschaft, ihre Stimme für die entsprechende Abänderung und Anpassung des Gesetzes an moderne Kreditzustände zu erheben, und zwar ohne Rücksicht darauf, dass möglicherweise das eventuell erreichte neue bessere Gesetz formell bald seine Wirkung verlieren kann.

---

§ 24. Eintheilung der Zinsenlehre.

Wir haben schon oben (§ 1) betont, wie wichtig die Unterscheidung zwischen dem Gewinn des Einkommens durch Rechtsgeschäfte und dem Ersatz des gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Einkommens ist. Unserem Plane gemäss haben wir nur diejenigen Erscheinungen des Zinsengebietes untersucht, welche zum Ersatz der gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Zinsen gehören. Diejenigen Fälle dagegen, wo der Schuldner das Kapital zur Einkommensgewinnung im eigenen Nutzen bekommt und dafür Zinsen als vereinbartes Aequivalent zahlt, gehören in unsere Darstellung nicht. Um den Gegensatz zwischen dem Einkommensgewinn durch Rechtsgeschäfte und dem Fruchtersatz anschaulich zu machen, haben wir zwei Beispiele (oben S. 4) zusammengestellt:

1. A. übergiebt dem B. sein Miethshaus zur Verwaltung und bekommt nach einem Jahre 1000 als das durch Vermiethung gewonnene Einkommen.

2. A. vermiethet dem B. sein Haus und bekommt nach einem Jahre 1000 als Miethszins.

Wir können diese Beispiele auf folgende Weise in das Gebiet der Zinsen übertragen:

1. A. übergiebt dem B. 20 000 Mark zur Verwaltung und bekommt nach einem Jahre 1000 Mark als das durch Ausleihung gewonnene Einkommen.

2. A. leiht dem B. 20 000 Mark und bekommt nach einem Jahre 1000 als vereinbarte Zinsen.

Der Zinsenanspruch im ersteren Falle unterscheidet sich ebenso wesentlich von demselben im zweiten Beispiel, wie die Miethszinsansprüche in den beiden obigen Beispielen.

1. Im Falle der Verwaltung einer fremden Geldsumme bildet die Summe 1000 (welche als usurae perceptae oder percipiendae geleistet ist) den Unterschied zwischen dem Bruttogewinn an Zinsen und den etwaigen Kosten (Zinsensteuer, Stempelgebühren etc.), d. h. das reine Einkommen. Im zweiten Beispiel dagegen, dem des verzinslichen Darlehns, bildet die Summe 1000 den Bruttogewinn des Darlehnsgebers. Hier findet keine Berechnung des Reineinkommens statt.

2. Im Falle der Erstattung der gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Zinsen wird die zu leistende Summe nach objektiven Umständen ermittelt. Der Verwalter würde nicht 1000, sondern vielleicht nur 100 zu erstatten haben, wenn er ohne seine Schuld nicht mehr hätte gewinnen können. Er hätte mehr zu erstatten, wenn er mehr gewonnen hätte oder eine gute Gelegenheit, mehr zu gewinnen, vernachlässigt hätte.

Im zweiten Falle bezahlt der Darlehnsschuldner die versprochenen certae usurae unabhängig davon, was er vom Kapital thatsächlich gewonnen hat oder gewinnen konnte.

Diejenigen *Verhältnisse, bei welchen Jemand gegen ein Aequivalent oder unentgeltlich ein Kapital auf Zeit zur Nutzung durch beliebigen Verbrauch bekommt, so dass er die etwa von demselben gewonnenen Zinsen für sich behalten darf, werden wir als „Kreditverhältnisse“, und die als Aequivalent für die Ausnutzung des Kapitals im eigenen Interesse bedungenen Zinsen als „Kreditzinsen“ bezeichnen* (usurae pecuniae creditae, z. B. l. 30 D. de usur., usurae certae, z. B. l. 7 D. 22, 2).

Die bisher behandelten Zinsen können wir als „*Ersatzzinsen*“ bezeichnen. Der Gewinn von Zinsen durch Kreditgeschäfte ist in der Lehre vom Einkommenserwerb zu erörtern.

Ist es angerathen, die Zinsenlehre nach diesem Gesichtspunkt in zwei selbständige Theile zu scheiden? Ja, weil der Inhalt der beiden Lehren ganz verschieden ist.

1. In der Lehre vom Ersatz der gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Zinsen haben wir mit der Ermittelung der Summe der zu erstattenden Zinsen (usurarum aestimatio) zu thun gehabt, mit der Bestimmung der Fälle, in welchen die Zinsen zu schätzen sind, mit der Verantwortlichkeit für die gehörige Verwaltung der Kapitalien etc. In der Lehre von den Kreditzinsen fallen alle diese

Fragen weg. Die Kreditzinsen werden geleistet, wenn sie gültig verabredet wurden; ihre Höhe ist nicht durch die Berücksichtigung der Geschichte des Kapitals zu ermitteln, weil eben die verabredeten Zinsen zu zahlen sind. Die Zinsen, als versprochenes Aequivalent, müssen nach denselben Grundsätzen usurae certae sein, wie der Kaufpreis ein pretium certum, wie der Miethszins eine merces certa sein müssen.

2. Ebenso wie die in der Lehre vom Ersatz der Zinsen entstehenden dogmatischen Fragen grundverschieden von denjenigen in der Lehre von Kreditzinsen sind, so grundverschieden sind auch die obersten civilpolitischen Aufgaben, welche das Recht in den beiden Gebieten zu lösen hat. Der Sinn der Regeln über die usurae percipiendae besteht darin, dass sie für den Inhaber fremder Kapitalien Motive schaffen, diese Kapitalien sorgfältig zu verwalten; die Interessezinsen schaffen die Motive für die rechtzeitige Rückgabe des Kapitals; die Regeln über die geopferten Zinsen sorgen dafür, dass man von den wünschenswerthen Verwendungen im fremden Interesse nicht abgeschreckt werde, andererseits aber die Verwendungen nicht zu eigennützigen Spekulationen gebrauche etc.

Im Gebiete der Kreditzinsen, wo es sich nicht um die Normen handelt, welche je nach den Verhältnissen die Zinsenpflicht und die Höhe der zu erstattenden Zinsen bestimmen, wo diese Fragen vielmehr durch die Parteien selbst auf Grund der Vertragsfreiheit entschieden werden, steht vielmehr die Regelung dieser Vertragsfreiheit in Frage. Eine grenzenlose Willkür kann hier nicht zugelassen werden. Das Wesen des Kreditgeschäftes besteht darin, dass der Kreditgewährende sein Kapital in specie verliert und dafür eine Forderung erhält. Der Vermiether eines Hauses behält das Eigenthum und damit die Realsicherheit. Der Kreditgeber begiebt sich dagegen seines Eigenthums am Kapital und darum verliert dasselbe gänzlich oder zum grossen Theil, wenn der Schuldner insolvent ist oder wird. Darum ist es denjenigen, welche sich in der Noth befinden, sehr schwer, einen Kreditgeber zu finden. Diese Lage des Kreditbedürftigen wird durch die Wucherer ausgebeutet, welche sich für die Kreditgewährung übermässige Zinsen versprechen lassen. Erfahrungsmässig führen solche Kreditgeschäfte zum Ruin des Kreditsuchenden. Andererseits steht es erfahrungsgemäss fest, dass die Menschen im Falle der Geldnoth freiwillig sich ins Netz des Wucherers fangen lassen, obgleich dies ein grösseres Uebel für sie ist, als eine andere Lösung der Lage. Die psychologische Ursache davon besteht in einigen Fällen darin, dass der Kreditsuchende die Hoffnung hat, dass er sich bald vom Wucherer befreien wird. In seinen Hoffnungen ist der Mensch gewöhnlich zu sanguinisch, er schlägt die Chancen der Erfüllung seiner Hoffnung zu hoch an. In diesen Fällen wählt er das grössere Uebel anstatt des geringeren, weil er es für das geringere hält. In anderen Fällen weiss man sehr genau, dass das Geschäft mit dem Wucherer das grössere Uebel ist, man zieht aber das grössere Uebel in der mehr oder weniger entfernten Zukunft dem gegenwärtigen geringeren vor. Kurz, es kann nicht geleugnet werden, dass das Princip der Vertragsfreiheit, welches dadurch begründet wird, dass Jeder bei Verträgen am besten für das eigene Wohl selbst sorgen kann, im Gebiete der Kreditzinsen sich stark kompromittirt und hässliche Wunden im socialwirthschaftlichen Organismus erzeugt. Das wichtigste socialpolitische Ziel im Gebiete der Kreditzinsen ist nun der Kampf gegen den Wucher. Man sucht durch Androhung von Kriminalstrafen und civilrechtlichen Nachtheilen die Menschen vom Wuchergewerbe abzuschrecken und die Kreditsuchenden vor der Ausbeutung ihrer Nothlage oder Leichtsinnes durch den Wucherer zu schützen. —

Die Verwirrung und die Masse von Irrthümern, mit welchen die gegenwärtige gemeine Zinsenlehre behaftet ist, erklärt sich zum Theil dadurch, dass man die grundverschiedenen Gebiete, dasjenige des Zinsenersatzes und dasjenige des Zinsengewinnes, der Kreditzinsen, von einander nicht geschieden hat.

Ohne nähere Analyse könnte man glauben, dass unserer Eintheilung die gemeine Eintheilung der Zinsen in vertragsmässige und gesetzliche entspricht. Die Zinsen, welche auf Grund des Vertrages prästirt werden, wären darnach dasselbe, was wir als Kreditzinsen bezeichnet haben. Dies wäre aber ein Missverständniss. Die Leistung auf dem Vertrag beruhender Zinsen kann ebenso wohl zum Gebiete des Zinsenersatzes als der Kreditzinsen gehören. Durch die Kategorie der auf Vertrag beruhenden Zinsen werden also grundverschiedene Erscheinungen vermengt. Wenn ich meinem Geschäftsführer eine Werthsache mit der Verabredung übergebe, dass er diese für 1000 verkaufen und die gewonnene Summe gegen 5 % für meine Rechnung ausleihen soll, so leistet der Verwalter die gewonnenen oder durch seine Schuld nicht gewonnenen Zinsen auf Grund unseres Vertrages. Ebenso wenn ich mit dem Depositar verabrede, dass er die bei ihm von mir deponirte Sache verkaufen

und den Erlös in der städtischen Sparkasse verzinslich anlegen und die in dieser Weise gewonnenen 3 % Zinsen mir zurückgeben soll, so bezahlt der Depositar die gewonnenen 3 % oder, wenn er aus Nachlässigkeit den Verkauf der Sache und die verzinsliche Anlage versäumt hat, 3 % vom Verkaufswerth der Sache als usurae percipiendae auf Grund unseres Vertrages. Hier haben wir die Ersatzzinsen, welche auf Verabredung der Parteien beruhen. Wenn ich dagegen mit dem Depositar verabredet hätte, dass er die deponirte Sache als sein Eigenthum behalten oder beliebig in eigenem Interesse für sich verwerthen, anstatt dessen mir aber 1000 schulden und jährlich 3 % davon bezahlen soll, so haben wir einen Fall der vertragsmässigen Kreditzinsen vor uns. In diesem Falle wird der bisherige Depositar mir 3 % auch dann zahlen, wenn er die Sache gar nicht verkauft hat, oder wenn er vom Erlös keine Zinsen gewonnen hat, oder wenn er vom Erlös 6 % gewonnen hat. Dagegen wird er im ersteren Falle, wo er für meine Rechnung nach dem Vertrag 3 % Zinsen gewinnen und diese mir zurückgeben sollte, keine Zinsen zahlen, wenn er die Sache ohne seine Schuld nicht verkauft oder den Erlös verzinslich nicht angelegt hat; er wird andererseits 5 % ersetzen, wenn er diese Zinsen gewonnen hat, oder 2 %, wenn die städtische Sparkasse den Zinsfuss von 3 % auf 2 % herabgesetzt hat. Mit anderen Worten, der Ersatz der gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Zinsen hat alle Merkmale des Zinsenersatzes, auch wenn er auf Vertrag beruht. Insbesondere wenn die Parteien die Höhe der zu gewinnenden und zu ersetzenden Zinsen, wie in den obigen Beispielen, nach den Procenten genau bestimmt haben, so kann eine solche Bestimmung nur die Bedeutung haben, dass die ersatzpflichtige Partei verantwortlich wird, wenn sie durch ihre Schuld den vorbezeichneten Erfolg bei der Zinsengewinnung nicht erreicht. Immer muss aber die Höhe der zu ersetzenden Zinsen nach den Umständen des Falles ermittelt werden — mit den im Vertrage angegebenen Zinsen stimmt sie nicht immer überein.

Ob der Parteiwille, welcher die Zinsenpflicht begründet, dahin geht, dass die gewonnenen oder gewinnbaren Zinsen *ersetzt*, *zurückerstattet* werden, oder dahin, dass das etwaige gewonnene Einkommen vom Kapital der Gegenpartei verbleibe, diese aber dafür usurae certae als ein Aequivalent (Kreditzinsen) zu bezahlen hat, ist durch die Interpretation zu ermitteln.

Praefectus legionis ita testamento cavit: „volo, ut sit in arbitrio tutorum filii mei, si voluerint, huius summae uncias inferre usurarum nomine ita, ne nummi dispargantur“; quaero, si apparuerit pecunia faenerata a tutoribus, iudicio tutelae uncias usuras an vero eas quas stipulati sunt praestare debeant. respondi, si secundum voluntatem defuncti elegissent usurarum praestationem neque pupilli nomine in faenus dedissent, id praestatur, quod testator voluisset (l. 47 § 4 D. de adm. et per. 26, 7).

Der Erblasser hat dem Vormund die Wahl gestellt, ob er das Mündelgeld nach gewöhnlichen Regeln verwalten und die Zinsen zurückerstatten oder das Kapital auf eigene Rechnung ausnutzen, dafür aber usurae certae prästiren will. Der Jurist fragt, quid iuris, wenn der Vormund das Geld ausgeliehen und die Zinsen gewonnen hat; soll die Zinsenrestitution oder die Bezahlung der usurae certae eintreten? Er entscheidet diese Frage mit Recht dahin, dass der Vormund die Kreditzinsen zu bezahlen, die gewonnenen aber zu behalten hat, wenn er dem Kreditanerbieten des Erblassers gefolgt und dies insbesondere dadurch bekundet hat, dass er das Geld nicht auf den Namen des Mündels ausgeliehen.

Ein komplizirterer Fall wird in der l. 24 D. de praescr. verbis 19, 5 erörtert:

Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret *computatis usuris semissibus*, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id, quod amplius esset, Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. respondit *pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi*: verum in proposito videndum, *ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum*, nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisse . . .

Titius hat dem Sempronius eine Geldsumme mit der formlosen Verabredung gegeben, dass der letztere von dem von diesem

Kapital gewonnenen Einkommen (ex reditu eius pecuniae) die von dem Geber geschuldeten Steuern bezahlen und etwaigen Ueberschuss zurückerstatten soll. Dabei wurde eine ziemlich unklare Bestimmung getroffen, dass die Zinsen zu 6 % berechnet werden sollen. Der Jurist entscheidet, dass in diesem Falle der Zinsenersatz, nicht aber die Kreditzinsen verabredet wurden. Man muss nämlich den Parteiwillen dahin deuten, dass Sempronius die Summe verwalten und die gewonnenen Zinsen durch die Bezahlung der Steuern oder auf andere Weise dem Titius erstatten sollte; diese Zinsenersatzpflicht wurde nur dahin modificirt, dass der etwaige grössere Gewinn, als 6 % betragen, dem Sempronius verbleiben solle. Darnach hätte dieser nichts zu prästiren, wenn er ohne seine Schuld keine Zinsen gewonnen hätte (sine dolo malo vacuam habuisset), oder, wir können hinzusetzen, er hätte trotz der Verabredung über die usurae semisses nur 2 % zu prästiren, wenn er ohne seine Schuld nicht mehr gewinnen könnte.

Diese Beispiele zeigen klar, welchen Fehler die herrschende Lehre begeht, indem sie in Bezug auf die usurae conventionales gemeinsame Lehrsätze aufstellt, ohne zu beachten, dass durch den Vertrag ganz verschiedene Arten von Zinsenansprüchen begründet werden können. Wenn man z. B. behauptet, dass im Falle der durch den Vertrag begründeten Zinsenpflicht diejenigen Zinsen zu zahlen sind, welche im Vertrage angegeben sind, so ist diese Behauptung zwar in Bezug auf die Kreditzinsen richtig, dagegen in Bezug auf die Ersatzzinsen, wie oben gezeigt, unrichtig.

Einige Schiftsteller behaupten, dass bei den Zinsverträgen eine Einigung über den Zinsfuss erfolgen muss, damit Zinsen zu leisten seien. Dies ist richtig in Bezug auf die Kreditzinsen. Hier muss das Aequivalent ebenso wie die merces, pretium bei der Miethe resp. bei dem Kauf ein certum sein. Die Behauptung erweist sich dagegen als ungenau bei dem vertragsmässigen Zinsenersatz. Die Höhe der Zinsen wird hier durch die objektiven Umstände bestimmt, auch wenn die Parteien sich über den Zinsfuss weder ausdrücklich noch stillschweigend geeinigt haben.

Andere Schriftsteller behaupten, dass bei den auf Willenserklärung beruhenden Zinsen, wenn der Zinsfuss nicht bestimmt ist, ortsüblicher Zinsfuss entscheidet.[1] Diese Behauptung ist in Bezug auf die Ersatzzinsen falsch, weil ihre Summe sich durch die

1) Vgl. Windscheid II § 260 N. 5.

objektiven Umstände bestimmt. Sie ist auch in Bezug auf die Kreditzinsen unrichtig, weil es Sache der Parteien ist, die Gegenleistung für eine Leistung zu bestimmen. Wenn nichts bestimmt ist, so ist es ebenso verkehrt, den Parteien den ortsüblichen Zinsfuss beim Zinsvertrag aufzudrängen, wie beim Kauf den ortsüblichen Preis, wenn dieser weder ausdrücklich noch stillschweigend verabredet wurde, bezahlen zu lassen. Ohne Preisabrede giebt es keinen Kaufvertrag. Wenn beim Vertrag über die Höhe der Kreditzinsen nichts bestimmt worden ist, so ist kein Zinsvertrag zu Stande gekommen.

Quod in stipulatione sic adiectum est: „et usuras, si quae competierint,“ nullius esse momenti, si modus certus non adiciatur (l. 31 D. de usuris 22, 1).

. . . Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse (l. 41 § 2 D. de usuris 22, 1).[1]

Oft wird auch behauptet, dass die auf Vertrag beruhenden Zinsen im röm. R. nach anderen Regeln geltend gemacht werden, als andere Zinsen. Auch dies ist nicht genau, denn es handelt sich vielmehr um den Unterschied zwischen den stipulirten und nicht stipulirten Zinsen. Im Uebrigen konnten nach dem röm. Recht ebenso die Kreditzinsen wie die Ersatzzinsen durch die Stipulation begründet sein und eine selbständige Klage für sich haben.

Im Allgemeinen ist die herrschende Eintheilung der Zinsen in vertragsmässige und gesetzliche fallen zu lassen, weil sie keinen Nutzen bringt, sondern nur die verschiedenen Erscheinungen vermischt und falsche Vorstellungen erweckt. Warum theilt man die Miethszinsen nicht in gesetzliche und vertragsmässige? Die Leistung des Miethszinses als Aequivalent für die Benutzung einer Sache muss natürlich durch den entsprechenden Vertrag begründet werden. Die Miethszinsen werden auch auf Grund der allgemeinen Rechtsregeln ersetzt, wie auch alle anderen Arten des Einkommens ohne besonderen Vertrag ersetzt werden können. Den Ersatz von Miethszinsen kann man auch durch den Vertrag ausbedingen. Alles dies trifft auch bei den Zinsen zu.

1) Richtig Dernburg II § 29 N. 3 unter Berufung auf die l. 41 § 2 D. de usuris.

§ 25. Begriff und Wesen der Zinsen.

Die traditionelle Begriffsbestimmung der Zinsen hat für sich eine grosse Autorität der viele Jahrhunderte unangefochtenen communis opinio. Trotzdem müssen wir nach einer neuen Bestimmung des Wesens der Zinsen suchen, weil die herrschende Definition mit den oben gewonnenen Ergebnissen entschieden unvereinbar ist.

Im Einzelnen:

1. „Zinsen sind eine Vergütung für den Gläubiger wegen der einstweiligen Entbehrung des Genusses dessen, was er zu fordern hat."

Dieses Merkmal kehrt in allen Definitionen der Zinsen wieder, nur dass einige Schriftsteller die Zinsen nicht als „Vergütung für die Entbehrung des Genusses", sondern als „Vergütung für den gewährten Genuss" des Geschuldeten bezeichnen.

Der Fehler dieses Merkmals besteht darin, dass er, anstatt das Wesen der Zinsen selbst zu treffen, den Grund ihrer Leistung und zwar auf eine sehr ungenaue Weise hervorhebt. Das Merkmal der „Vergütung für die Entbehrung des Genusses" passt z. B. auf folgende Arten der Zinsenpflicht nicht:

a) Die Leistung der usurae perceptae. Wer die usurae perceptae prästirt, bezahlt dem Gläubiger keine Vergütung für die Entbehrung des Kapitals, sondern vielmehr das davon gewonnene Reineinkommen. Dass in diesem Falle keine „Vergütung" vorliegt, erhellt schon daraus, dass der Gläubiger trotz der „Entbehrung des Genusses" des Kapitals keine Zinsen bekommt, wenn der Schuldner ohne seine culpa nichts gewonnen hat. Wenn die Entbehrung des Kapitalgenusses seitens des Gläubigers ein entscheidendes Moment wäre, so könnte diese Erscheinung gar nicht vorkommen. Auch wenn wir die Zinsen als Vergütung für den

Kapitalgenuss bezeichnen, so passt dies auf die Prästation der usurae perceptae nicht, weil der Ersatzpflichtige in Wirklichkeit keinen Genuss des Kapitals hat. Wir könnten nur dann sagen, dass er den Genuss des Kapitals hat, wenn er eben für sich das Kapital ausbeutet.

Man könnte zwar die Prästation der usurae perceptae auf folgende Weise unter das Merkmal der Vergütung für die Entbehrung oder Gewährung des Genusses zwingen. Man könnte sagen, dass die zu prästirenden usurae perceptae zwar nicht zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der usurae perceptae als Vergütung figuriren, wohl aber zwischen dem Schuldner und den dritten Personen, von welchen er die Zinsen percipirt hat. Allein diese Erklärung hilft wenig, weil die dritten Personen im erörterten Verhältniss (Prästation der usurae perceptae) eben unbetheiligte Personen sind. Es handelt sich eben um den Gläubiger und den Schuldner der usurae perceptae. Dann aber bilden die zu leistenden usurae perceptae etwas Anderes, als was die dritten Personen gezahlt haben, weil unter der Prästation der usurae perceptae die Erstattung des reinen Einkommens zu verstehen ist.

b) In Bezug auf die zu prästirenden usurae percipiendae ist es noch klarer, dass der Schuldner hier keine Vergütung für die Entbehrung des Kapitalgenusses seitens des Gläubigers noch für den ihm (dem Schuldner) gewährten Genuss zahlt. Hier kann man zum Verhältniss des Ersatzpflichtigen zu den dritten Personen nicht greifen, weil ein solches nicht vorhanden ist. Noch weniger kann man hier sagen, dass derjenige, welcher Zinsen als versäumtes Einkommen zahlt, für den Genuss des Kapitals vergütet.

c) Zinsen als fingirtes Einkommen. Hier zeigt es sich besonders klar, wie unkritisch die üblichen Zinsendefinitionen sind. Man gebraucht abwechselnd die Ausdrücke „Vergütung für die Entbehrung des Genusses" oder „Vergütung für den gewährten Genuss", als ob diese beiden Ausdrücke dieselbe Bedeutung für den Zinsenbegriff hätten, als ob es gleichgiltig wäre, welchen von den beiden Ausdrücken man in die Begriffsbestimmung aufnimmt.

In Bezug auf die fingirten Zinsen ist indessen das Merkmal „Vergütung für die Entbehrung des Genusses" ganz verkehrt, während das Merkmal „Vergütung für den Genuss" sich ungefähr als zutreffend erweist. Wenn ein Depositar die Zinsen aus dem

Grunde zahlt, weil er die deponirte Summe im eigenen Nutzen verbraucht hat, so kann man keinesfalls sagen, dass er eine Vergütung für den seitens des Deponenten entbehrten Genuss des Geldes leistet. Wenn man das Geld bei einem anderen deponirt, so entbehrt man natürlich den Genuss desselben. Diesen Umstand als Grund des Zinsenanspruches hinzustellen, wäre aber verkehrt. Man entbehrt den Genuss des deponirten Kapitals in eigenen Interessen und kann aus diesem Grunde vom Depositar keine „Vergütung“ fordern, sondern man ist demselben vielmehr zum Dank verpflichtet. Nicht so unpassend erscheint, wie gesagt, das Merkmal „Vergütung für den Genuss“ im Falle der usurae fictae. Derjenige, welcher usurae fictae zahlt, hat zwar keine Entbehrung dem Gläubiger zugefügt, wohl aber selbst den Kapitalgenuss gehabt (übrigens oft eigenmächtig, nicht auf Grund der „Gewährung“).

d) Bei den entzogenen und geopferten Zinsen erscheint, umgekehrt, das Merkmal „Vergütung für den gewährten Genuss“ als ganz falsch. Denn diese Zinsen werden von dem Schuldner auch dann gezahlt, wenn er selbt keinen Nutzen vom Kapital gezogen hat. Wenn z. B. ein Depositar Verzugszinsen zahlt, so hat er gewöhnlich dabei keinen Genuss vom Kapital. Im Gegentheil darf er die versiegelte Kassette, welche die zu verzinsende Summe enthält, nicht aufmachen.

Wie konnte es geschehen, dass man viele Jahrhunderte so unzutreffende Merkmale dem Begriff der Zinsen zugeschrieben hat? Diese Thatsache ist dahin psychologisch zu erklären, dass man bei der Zinsendefinition hauptsächlich an die Fälle der Kreditzinsen und zwar an das verzinsliche Darlehn gedacht hat. In diesem Falle bilden die Zinsen in der That eine „Vergütung“, d. h. eine Gegenleistung für eine Leistung. Ob man dabei sagt, dass der Darlehnsschuldner darum die Vergütung leistet, weil der Gläubiger den Genuss des dargeliehenen Kapitals entbehrt, oder darum, weil der Schuldner diesen Genuss bekommt, ist ziemlich gleich. Eigentlich, bei strenger Analyse, ist beides unwesentlich. Es kann vorkommen, dass durch das Darlehn dem Gläubiger keine Entbehrung entsteht, ebenso wie es vorkommen kann, dass dem Schuldner daraus kein Kapitalgenuss erwächst. Wesentlich ist nur die Uebereinstimmung des Parteiwillens, welcher auf den Umtausch einer Leistung gegen eine Gegenleistung gerichtet ist. Immerhin ist der Ausdruck „Vergütung“ in dem Sinne für die Kreditzinsen zutreffend, als der Schuldner eine Leistung durch eine Gegen-

leistung vergütet, ein Gut gegen ein anderes vertauscht. Bei den Ersatzzinsen trifft dies nicht zu, weil hier kein Tauschgeschäft vorliegt, weil hier der gewonnene oder gewinnbare Nutzen des Kapitals nicht durch eine Vergütung erkauft, sondern vielmehr selbst zurückgewährt wird. Indessen konnte diese Thatsache den Sturz des herrschenden Zinsenbegriffes darum nicht herbeiführen, weil sie unbemerkt blieb. Man hat in Bezug auf die sog. gesetzlichen Zinsen gelehrt, dass ihre Höhe positiv bestimmt ist. Wenn aber dies richtig wäre, wenn z. B. die Zinsen von Verwendungen immer 5 % oder den landesüblichen Zinsen glichen, so hätten wir auch hier ein Tauschverhältniss vor uns. Anstatt der in Wirklichkeit geopferten 3 % oder 6 % bekäme der Verwendende 5 %, etwas anderes als das gewinnbar gewesene geopferte Einkommen. Dies wäre ein Tauschverhältniss, und die zu zahlenden Zinsen könnte man als eine Vergütung bezeichnen. Der Unterschied zwischen den Ersatz- und Kreditzinsen bestände nur darin, dass hier die Höhe der Vergütung durch die Parteien, dort durch den Gesetzgeber bestimmt wird. Daraus ersieht man, dass sich in der herrschenden Definition der Zinsen an sich die wesentlichen Mängel der ganzen herrschenden Zinsenlehre wiederspiegeln.

2. Das folgende Merkmal der Zinsen, nämlich, dass eine auf Geld oder Fungibilien anderer Art gerichtete Forderung vorliegen muss, ist gleichfalls falsch, wie dies schon in den §§ 20. 21 gezeigt wurde.

3. Endlich rechnet man zu den wesentlichen Merkmalen der Zinsen das Erforderniss, dass die „Vergütung“ in Sachen derselben Art bestehe, wie das geschuldete Kapital. Dass dies für den Begriff der Zinsen unwesentlich ist, beweisen zur Genüge die Stellen, welche bei den vermachten oder zur dos gehörenden goldenen, silbernen Sachen etc. Zinsen berechnen.

Was ist denn für den Zinsenbegriff wesentlich, wenn keines von den durch die gemeine Begriffsbestimmung angebotenen Merkmalen zutreffend ist?

Wir werden den bewährten Regeln der Logik folgen und unsere Begriffsbestimmung auf die Weise bilden, dass wir zunächst das genus bestimmen, dessen species die Zinsen bilden, dann die specifischen Merkmale der Zinsen, welche diese von anderen species desselben genus unterscheiden.

A. Genus. Der Gattungsbegriff, dessen species die Zinsen bilden, ist „Einkommen vom Kapital“. Zinsen bilden eine Art

des Einkommens vom Kapital. Dies kann man ebenso gut in Bezug auf die Kreditzinsen wie auf die Ersatzzinsen behaupten. Wer Zinsen durch Kreditgeschäfte gewinnt, gewinnt Einkommen vom Kapital. Wenn die Zinsen zurückerstattet oder ersetzt werden, so bedeutet dies, dass das gewonnene oder gewinnbar gewesene Einkommen vom Kapital zurückerstattet oder ersetzt wird. Auch die herrschende Meinung rechnet die Zinsen zu den fructus (im uneigentlichen Sinne), obgleich sie diesen Satz bei der Begriffsbestimmung und Behandlung der Zinsen ausser Acht lässt, ja geradezu verleugnet. Die Einführung des Gattungsbegriffes „Einkommen vom Kapital" in den Begriff der Zinsen ist keine nutzlose Formalität; sie bringt vielmehr folgenden Nutzen:

1. Andere anscheinend generische, aber irreführende Begriffe, wie Vergütung etc., sind entbehrlich geworden. Sie spielen in der herrschenden Begriffsbestimmung die Rolle einer Verlegenheitsphrase, welche man darum gebrauchen musste, weil man ein substantivum für die Definition brauchte und kein besseres als „Vergütung" finden zu können glaubte.

2. Es ist auch überflüssig geworden, besonders zu betonen, dass der Zinsenanspruch einen Kapitalanspruch voraussetzt. Dies ist für alle Einkünfte vom Kapital selbstverständlich.

3. Man braucht nicht besonders hervorzuheben, dass die Zinsen mit der Dauer und entsprechend der Dauer eines gewissen Kapitalverhältnisses anwachsen (usurae currunt). Die Einkünfte vom Kapital sind die mit den Zeitperioden wiederkehrenden Gewinne. Je mehr Zeitperioden wiederkehren, desto mehr wächst die Masse des Einkommens an. Auch von den Miethszinsen kann man sagen: pensiones currunt.

4. Da die Zinsen zu den Einkünften vom Kapital gehören, so sind vom Begriffe der Zinsen alle diejenigen „Vergütungen" für die Entbehrung oder Benutzung des Kapitals von selbst ausgeschlossen, welche zur Klasse wiederkehrender Einnahmen nicht gehören. Z. B.: a) Vertragsmässig ist ausgemacht, dass der Schuldner 20 % des Kapitals (also z. B. 120 statt 100) zahlen muss, wenn er dasselbe nach der rechtzeitigen Aufforderung nicht leistet. Diese Konventionalstrafe bildet für den Gläubiger keine Frucht seines Kapitals, sondern einen der Wiederkehr unfähigen, einmaligen Kapitalgewinn. b) Keine Zinsen sind die Kapitalrückzahlungen. Sie sind keine Früchte vom Kapital, sondern das Kapital selbst. Was in dieser Weise zurückgezahlt ist, kehrt nicht wieder zurück.

Darum sind die Rentenzahlungen von den Zinsen zu unterscheiden. In der Zahlung einer Rente ist die Rückerstattung des Kapitals selbst enthalten. Im Allgemeinen muss man darauf achten, ob eine Zahlung, welche von den Laien Zinsen genannt wird, nicht eine theilweise Amortisation des Kapitals enthält. Die Zahlung enthält nur insofern Zinsen, als sie das Kapital nicht mindert. Dieselbe Vorsicht ist auch bei anderen Früchten geboten. Die Parteien schliessen z. B. einen „Miethsvertrag" des Inhaltes, dass der Miether nach 20jähriger Zahlung des Miethszinses von 1000 das gemiethete Haus zu Eigenthum erwirbt (Abzahlungsgeschäft). Die jährlich zu zahlenden 1000 sind von den Parteien ungenau als Miethszins bezeichnet. Ein Theil davon ist als Kaufpreis zu behandeln. Der Niessbraucher des Hauses (wenn er an einen solchen Kontrakt gebunden ist) darf nur die in den periodischen Zahlungen enthaltenen Miethszinse behalten, das Uebrige dagegen muss er nach Beendigung des Niessbrauches zurückerstatten.

B. Jetzt fragt es sich, worin die Zinsen sich von anderen Einkünften vom Kapital unterscheiden, welche Eigenschaften sie zu einer besonderen species der Früchte machen. Darauf ist zu antworten: während die Miethszinse und dgl. das Einkommen vom stehenden Kapital bilden, sind die Zinsen Einkünfte vom umlaufenden Kapital. Darnach lautet unsere Begriffsbestimmung der Zinsen sehr einfach: Zinsen sind Einkünfte vom umlaufenden Kapital.

Dies muss näher erklärt und nachgewiesen werden.

Nach Vorgang von J. St. Mill[1] unterscheidet die Volkswirthschaftslehre zwischen stehendem und umlaufendem Kapital, je nachdem dasselbe nur einmal oder mehrere Male bei der Produktion resp. beim Erwerb mitwirken kann. Oder man sagt, dass beim umlaufenden Kapital die Substanz desselben (die bisherige Form) für den Producenten verloren geht, beim stehenden nur die Nutzung verbraucht wird. Als Beispiele des umlaufenden Kapitals führt man Geld, Waaren, Arbeitsstoffe an, als Beispiele des stehenden Kapitals — Werkzeuge, Maschinen. Die Unterscheidung bezieht sich nicht etwa auf die objektiven Eigenschaften der Sachen, sondern auf das Verhältniss des wirthschaftenden Subjektes zu ökonomischen Gütern. Eine Nähmaschine ist eine Waare und als solche umlaufendes Kapital im Verhältniss zum Maschinenhändler. Sie ist

1) J. St. Mill, Principles of political economy, b. I, ch. VI, § 1.

stehendes Kapital für die Schneiderin, welche sie zum Nähen gebraucht.

Die Rechtswissenschaft kennt eine analoge Unterscheidung zwischen den verbrauchbaren Sachen und denjenigen, welche nur zum Gebrauch bestimmt sind. Als verbrauchbare Sachen (Konsumptibilien) bezeichnet man diejenigen, „deren bestimmungsgemässer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität besteht."[1] Merkwürdigerweise wird aber immer die Bemerkung hinzugefügt, dass auch das Geld zu den verbrauchbaren Sachen gerechnet wird, weil es beim Gebrauch für seinen Eigenthümer verloren geht.

Sollte wirklich für das Recht beim Geld die Verbrauchbarkeit in einem anderen Sinne, als bei anderen Sachen in Betracht kommen? Diese Frage ist unseres Erachtens entschieden zu verneinen und anstatt der herrschenden Theorie über die Konsumptibilien folgende aufzustellen:

Im Civilrecht ist nicht die physische Verbrauchbarkeit der Sachen, d. h. nicht ihre Natur und Beschaffenheit von Wichtigkeit, sondern nur das Verhältniss zwischen einem Kapital und einem Subjekt, wonach jenes für dieses als umlaufendes, d. h. zur Vernichtung in specie (sei es durch die Veräusserung, sei es durch die physische Aenderung der Form) bestimmtes Kapital gilt. Ob die Sache zum Gebrauch in specie oder zum Verbrauch in diesem persönlich-relativen (subjektiven) Sinne bestimmt ist, ist bei civilrechtlichen Verhältnissen von grosser Wichtigkeit; z. B.: wenn die Dotalsachen mit der Bestimmung dem Ehemanne übergeben sind, dass er diese nach der Auflösung der Ehe in specie restituiren soll, so werden die Verhältnisse nach grundverschiedenen Regeln behandelt, als in dem Falle, wenn dem Ehemanne die Befugniss ertheilt wird, die Sachen auf beliebige Weise zu vernichten, zu veräussern etc. (dos aestimata). Wenn Jemandem die Sachen zum Niessbrauch mit der Bestimmung gegeben sind, dass er dieselben in specie benutzen und restituiren soll, so wird das Verhältniss ganz anders behandelt, als wenn dem Niessbraucher die Befugniss ertheilt wird, die species zu veräussern und ihren Werth nachher zu restituiren (quasi-ususfructus). Ganz andere Pflichten und Rechte hat derjenige Depositar, welchem die Sache zur Aufbewahrung in specie übergeben wurde, als derjenige, welchem die

1) Windscheid I § 140, Dernburg I § 75 sub 2, Wächter, Pand. I § 63, Unger, System I § 49, Regelsberger, Pand. I § 100.

Veräusserung der Sache erlaubt wurde (depositum irregulare). Ganz anders gestaltet sich das Verhältniss in dem Falle, wenn ein socius der Gesellschaft eine Sache mit der Bestimmung gewährt, dass sie zu gemeinschaftlichen Zwecken in specie benutzt und ihm nachher zurückgegeben werde, als wenn er eine Sache zum Verkauf oder zum beliebigen anderen Verbrauch der Gesellschaft liefert und nur die Rückerstattung des Werthes sich versprechen lässt u. s. w.

Da das Rechtsverhältniss über eine Sache ganz verschieden behandelt wird, je nachdem die Sache als stehendes (in specie zu erhaltendes) oder als umlaufendes Kapital fungirt, so ist es sehr wichtig, in jedem konkreten Falle zu bestimmen, in welcher Eigenschaft das Kapital im Rechtsverhältniss auftritt. Wenn die Parteien selbst die Frage vorgesehen haben, so entscheidet eben der Parteiwille. Wenn aber keine bestimmte Entscheidung der Parteien vorliegt, so muss das Recht diesen Mangel vervollständigen. Dies geschieht je nach den Verhältnissen auf verschiedene Weise. Beim depositum, welches im normalen Falle lediglich die intakte Aufbewahrung fremder Sache ohne Benutzung derselben seitens des Depositars bezweckt, wird die Sache eben in specie aufzubewahren sein, wenn kein entgegengesetzter Parteiwille vorliegt. Anders bei denjenigen Verhältnissen, wo eine Sache Jemandem mit dem Zwecke übergeben wird, damit er von dieser Nutzen ziehe. Es wäre unvernünftig, hier, ebenso wie beim depositum, dahin zu entscheiden, dass die Sache immer in specie zu erhalten ist, wenn die Parteien anderes nicht bestimmt haben.

Gewisse Sachen werden sehr selten, nur in besonderen Fällen als stehendes Kapital benutzt; in normalen Fällen ziehen die Wirthe den Nutzen davon durch Verbrauch, nicht aber durch Gebrauch in specie; so z. B. kann es zwar vorkommen, dass die Geldmünzen oder eine Quantität Wein in specie, ohne Verbrauch, benutzt werden, wenn sie z. B. im Schaufenster ausgestellt werden, um die Aufmerksamkeit der Passanten auf das Geschäft zu lenken. Diese oder ähnliche Art der Benutzung kann auch durch den Parteiwillen vorgeschrieben werden. Wenn aber dies nicht geschehen ist, so muss man vielmehr den „muthmasslichen Parteiwillen" dahin deuten, dass die Benutzung einer Masse Geld oder Wein durch den Verbrauch geschehen soll, d. h. dass diese Objekte als umlaufendes Kapital im Rechtsverhältniss fungiren. Wenn also Jemand einen Niessbrauch an seinem Vermögen bestellt, so ist anzunehmen, dass das hinterlassene Geld, Wein und dgl. — Gegen-

stand des quasi-ususfructus, d. h. nicht in specie aufzubewahren sind. Ebenso, wenn der Erblasser ein Schreibmaterialiengeschäft hatte und Jemandem den Niessbrauch an zur Zeit des Todes vorhandenen Schreibmaterialien bestellt hat, so wäre es widersinnig, dahin zu entscheiden, dass z. B. der Niessbraucher alle 1000 Federhalter zum Schreiben benutzen und in specie zurückgeben soll. Jeder vernünftige Richter wird vielmehr entscheiden, dass diese Dinge als Waaren (d. h. als umlaufendes Kapital) zu benutzen sind, dass also der quasi-ususfructus bestellt ist. Wir brauchen hier genauere Regeln über die Unterscheidung der im konkreten Falle anzunehmenden Bestimmung der Kapitalien nicht aufzustellen. Durch die obigen Beispiele wollten wir nur die Relativität der Begriffe „stehendes und umlaufendes Kapital“ veranschaulichen. Jetzt können wir die Bedeutung der Stelle, welcher die herrschende Theorie ihre Unterscheidung zwischen Konsumptibilien und anderen Sachen entnimmt, näher ins Auge fassen:

Constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum. quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. itaque si pecuniae usus fructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant: sed aestimatis his satisdatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti eae res fuerint aestimatae (§ 2 J. de usu fr. 2, 4).

Der Sinn der Stelle besteht im Folgenden: das ältere römische Recht kannte nur eine Art des Niessbrauches, nämlich ius utendi fruendi salva rerum substantia, d. h. nur diejenige Art des Niessbrauches, bei welcher der Niessbraucher die Sache als stehendes Kapital benutzen und in specie restituiren sollte. Dasjenige Niessbrauchsrecht, welches die Veräusserung oder den Verbrauch im physischen Sinne ermöglicht, kannte man nicht. Darum hätte es dann keinen Sinn, den Niessbrauch an solchen Gütern zu bestellen, von welchen man bei der Erhaltung der substantia keinen Nutzen haben konnte und man hat mit Recht angenommen, dass die Niess-

brauchsbestellung in Bezug auf solche Güter (als inutilis) ungültig ist. Sonst entstünde durch die nutzlose Gebundenheit der Güter kein Nutzen für den Niessbraucher, wohl aber ein Verlust für die Volkswirthschaft. In der Stelle werden nun Beispiele von solchen Gütern angeführt, welche bei den Römern (auch jetzt kann man von der Ausstellung der Münzen in Schaufenstern und dgl. absehen) keine vernünftige Benutzung salva rerum substantia zuliessen. Als solche werden Wein, Getreide, auch Geld angeführt, weil auch dieses bei der Erhaltung der salva substantia keinen Nutzen bringt. Das entscheidende Prinzip ist darnach nicht die physische Verbrauchbarkeit der Güter, sondern die Frage, ob sie vernünftigerweise als stehendes Kapital benutzt werden können oder ob sie bei der Beibehaltung in specie zu nutzlos aufzubewahrenden Gegenständen werden, d. h. es entscheiden nicht die objektiven Eigenschaften der Sachen, sondern ihr Verhältniss zum Wirth. Ob dabei das Gut vernünftigerweise darum nur als umlaufendes Kapital gebraucht werden kann, weil es nur durch die Veräusserung nutzbar wird oder weil es normalerweise nur durch den physischen Verbrauch benutzt werden kann, ist principiell gleich. Wichtig ist nur die Thatsache, dass dasselbe in specie zu behalten nutzlos wäre. Immerhin, wenn man die Theorie nur auf Grund der Aussprüche über das ursprüngliche römische Niessbrauchsrecht bilden würde, könnte man von der Eintheilung der Sachen in Konsumptibilien und andere Güter sprechen. Allein es ist zu beachten, dass bei vielen anderen Rechtsverhältnissen viele Güter, welche gewöhnlich als stehendes Kapital fungiren, zum umlaufenden Kapital gemacht werden können und umgekehrt. Ferner ist zu beachten, dass auch beim Niessbrauch nach der Einführung des quasi-ususfructus die normale Art der Benutzung von Gütern ihre absolute Bedeutung verlieren musste. Es ist vielleicht möglich, dass vor der Reform der seitens eines Händlers vermachte Niesbrauch an einer Masse Nähnadeln oder dgl. als eigentlicher Niessbrauch behandelt wäre, um die Gültigkeit des Vermächtnisses zu retten. Es ist aber ganz unglaublich, dass nach der Anerkennung des quasi-ususfructus dgl. Fälle nicht als quasi-, sondern als verus ususfructus behandelt wären. Kurz, man kann vom dogmatischen Standpunkt nur die obige Eintheilung der Kapitalien nach ihrem Verhältniss im konkreten Fall zum Inhaber in stehendes und umlaufendes Kapital mit Nutzen aufstellen. Es ist nur bei dieser Eintheilung hinzuzufügen, dass auf die Bestimmung, welches Ver-

hältniss im konkreten Falle vorliegt, der Parteiwille, die allgemein übliche Benutzung der fraglichen Güter und andere Umstände von Bedeutung sein können, welche den Schluss ergeben, dass im betreffenden Falle diese oder andere Benutzung vernünftigerweise anzunehmen ist.

Wie gesagt ist die civilrechtliche Behandlung eines Kapitals eine ganz andere, je nachdem dasselbe im konkreten Falle als stehendes oder als umlaufendes Kapital fungirt. Uns interessiren hier lediglich die Gegensätze in der Berechnung des Einkommens beim umlaufenden und beim stehenden Kapital.

Das Wesen des umlaufenden Kapitals besteht darin, dass es nach der Produktionshandlung beim Wirth nicht mehr vorhanden ist. Anstatt dessen hat dieser andere Güter in Händen. Der Haufe von Weintrauben ist verschwunden, ein Fass Wein daraus entstanden. Die zum Darlehn gegebenen Münzen sind fort, anstatt dessen sind Forderungen und nachher andere Münzen eingetreten. Es ist nun festzustellen, ob die Produktionshandlung einen Gewinn gebracht hat. Diese Feststellung ist leicht, wenn die verschwundenen und die neu erschienenen Güter Quantitäten von gleichartigen Sachen sind. Wenn z. B. 100 Thalerstücke verschwunden und nach einem Jahre 106 Thaler vorhanden sind, so legen wir 100 von diesen Münzen als Aequivalent des ursprünglichen Kapitals bei Seite und betrachten den Rest als hinzugewonnenes Gut. Die Aufgabe ist nicht so einfach, wenn die verschwundenen und die neueingetretenen Güter nicht gleichartig sind. Zur Feststellung des Gewinnes kann die unmittelbare Vergleichung der Weintrauben mit der gewonnenen Quantität Wein nicht führen. Man ist vielmehr gezwungen, das Verschiedenartige auf das Gleichartige zu reduciren, und dann erst kann man die in Gedanken gewonnenen gleichartigen Grössen mit einander vergleichen. Der Werth von geopferten Weintrauben ist 100 Thaler; der Werth vom gewonnenen Wein ist 106 Thaler; man hat also 6 gewonnen. Dieselbe Gedankenoperation muss man auch in dem Falle vollziehen, wenn man z. B. 30 Thaler hingegeben und 90 Gulden zurückbekommen hat, oder wenn man 100 Markmünzen dargeliehen und 40 Thalermünzen zurückbekommen hat: der Werth von 40 Thalermünzen ist dem Werth von 120 Mark gleich; man hat also 20 Mark gewonnen.

Kurz, um den Gewinn vom umlaufenden Kapital festzustellen, ist die Reduktion der verschwundenen und neueingetretenen Güter

auf gleichartige Grössen und die Subtraktion der einen Grösse von der anderen nothwendig.

Viel leichter vollzieht sich die Bestimmung des Gewinnes beim stehenden Kapital. Da dieses bei der Produktionshandlung nicht verschwindet, sondern eben weiter dasteht, so braucht man die obige Reduktion und Subtraktion nicht vorzunehmen. Der Apfelbaum hat in diesem Jahre 20 Kilo Aepfel gebracht. Vom Miethshaus sind 1000 Mark an Miethszinsen gewonnen. Die Subtraktion des Werthes oder der Quantität des ursprünglichen Kapitals ist hier überflüssig, weil dieses in specie vom Gewinne abgesondert dasteht.

Um die Vortheilhaftigkeit der geschehenen Produktion zu bestimmen, genügt es nicht, die erzielte Summe des Gewinnes festzustellen; man muss vielmehr auch die Dauer der Produktion (resp. der Erwerbsperiode) und den Werth des Kapitals berücksichtigen, z. B. wenn man 100 Mark Gewinn beim Darlehn erzielt hat, so kann man noch nicht sagen, dass man ein vortheilhaftes Geschäft gemacht hat. Wenn das Kapital nach einem Jahre so viel gebracht hat, ist das Geschäft dreimal so vortheilhaft, als wenn man diesen Gewinn bei demselben Kapital (z. B. 2000) erst in drei Jahren erzielt hätte. Bei dem Kapital von 2000 mag das Geschäft als vortheilhaft erscheinen. Beim Kapital von 8000 wäre der Gewinn 100 als ein sehr mässiger zu bezeichnen. Um die Vortheilhaftigkeit des geschehenen Umlaufes des Kapitals zu bestimmen, berechnet man gewöhnlich, welcher Gewinn auf 100 Einheiten des Kapitals und auf ein Jahr entfällt, d. h. man bemisst die Höhe des erzielten Gewinnes nach Procenten des Kapitals und nach Jahresperioden. Natürlich sind auch andere Methoden denkbar. Man kann z. B. nicht 100, sondern etwa 10 oder 1000 Einheiten des Kapitals als Massstab annehmen. Ebenso kann man anstatt der Jahresperiode eine andere Zeiteinheit, z. B. einen Monat, als Massstab gebrauchen. Mögen aber die als Massstab gebrauchten Einheiten der Grösse des Kapitals und der Zeit des Umlaufes so oder anders gewählt werden, immer ist für die Orientirung über die Vortheilhaftigkeit des Geschäftes die Bemessung des Gewinnes nach den Quoten des Kapitals und der Zeit nothwendig.

Beim stehenden Kapital orientiren sich die Wirthe in Bezug auf die Vortheilhaftigkeit des erzielten Gewinnes auf eine einfachere Weise. Da das Kapital während vieler Produktionsperioden in specie bei ihnen verbleibt, so brauchen sie nicht jedesmal zur Werth-

berechnung zu greifen. Sie vergleichen vielmehr nur die Gewinne der verschiedenen Perioden unter einander. Wenn z. B. der Apfelbaum während 5 Jahre 20, 19, 25, 24, 18 Kilo Aepfel gewährt, im sechsten Jahre aber 30 bringt, so weiss der Wirth sogleich, dass dieses Jahr für ihn besonders vortheilhaft war. Für die nähere Orientirung kann er den Gewinn 30 mit dem durchschnittlichen Gewinn in vergangenen Jahren vergleichen. Er wird aber gewöhnlich nicht zur Berechnung nach Quoten des Werthes des Kapitals greifen. Ebenso wenn Jemand sein Haus vermiethet und für das Jahr 1000 bekommt, während er früher durchschnittlich nur 800 gewann, so ist er sogleich über die Vortheilhaftigkeit der geschehenen Vermiethung orientirt. Kurz, beim stehenden Kapital ist die Berechnung des Einkommens nach Quoten des Kapitals nicht so üblich und nothwendig wie beim umlaufenden, weil jenes ein alter Bekannter, eine (relativ) unveränderliche Grösse ist, weil es als species bei Seite bleibt und nur die Gewinne wechseln. Wenn wir noch erwägen, dass beim umlaufenden Kapital die Reduktion der verschwundenen und der neu erschienenen Güter auf gleichartige Werth-, Maass- oder Gewichtsgrössen etc. schon zu dem Zweck nothwendig ist, um zu wissen, was man überhaupt gewonnen hat (der absolute Gewinn), so haben wir genügend die allgemeine Sitte erklärt, wonach die Vortheilhaftigkeit der Erwerbshandlung (der relative Gewinn) beim umlaufenden Kapital nach den Quoten desselben, gewöhnlich nach den Prozenten beurtheilt wird. —

Für die Gewinnung des Einkommens vom Kapital durch entgeltliche Ueberlassung der Ausbeutung desselben an andere giebt es zwei typische, sehr wichtige Rechtsgeschäfte: Miethe (Pacht) und Darlehn. Die Vermiethung ist für die Ausnutzung der Güter als stehenden Kapitals, die verzinsliche Ausleihung für die Ausnutzung der Güter als umlaufenden Kapitals bestimmt. Aus der Bestimmung dieser Rechtsgeschäfte erklärt es sich nach dem oben Gesagten sehr einfach, warum das Aequivalent für die Nutzung beim Darlehn nach Prozenten des Werthes oder der Quantität des Kapitals bemessen und warum dies bei der Miethe und Pacht unterlassen wird. Die Miethe (Pacht) ist nicht das einzige Rechtsgeschäft für die Gewinnung des Einkommens durch entgeltliche Ueberlassung der Benutzung eines stehenden Kapitals; dahin gehören z. B. auch die Emphyteusis und andere Kontrakte ohne besonderen Namen. Ebenso stehen dem verzinslichen Darlehn andere Rechtsgeschäfte zur Seite, durch

welche man ein Kapital einem anderen entgeltlich als umlaufendes überlässt. Z. B. wenn Jemand einem anderen seine goldene Sache im Werthe von 1000 mit der Bedingung überlässt, dass das Eigenthum und also freie Verfügung über die Sache auf den Nehmer übergeht, dieser aber dafür jährlich 6 % von der Summe des Schätzungswerthes zu bezahlen und nach zwei Jahren eine silberne Sache von gleichem Werth zu leisten hat, so ist dies ein Rechtsgeschäft über umlaufendes Kapital (ein Kreditgeschäft).

Die Sitte nun, wonach das Einkommen vom umlaufenden Kapital nach Prozenten seines Werthes oder seiner Masse berechnet wird, hat an sich für das Civilrecht keine so grosse Bedeutung, dass es darum besondere Sätze über den Erwerb oder Ersatz dieses Einkommens aufzustellen brauchte. Für das Civilrecht ist vielmehr der Umstand entscheidend, dass die Parteien ein Aequivalent für die Benutzung des Kapitals fest bestimmt haben, ganz bedeutungslos dagegen, nach welcher Methode das Aequivalent bemessen wurde, ob im Bausch und Bogen oder nach Prozenten. Ebenso ist es für die Feststellung des gewonnenen oder gewinnbar gewesenen und nunmehr zu ersetzenden Einkommens ohne Belang, nach welcher Methode die zu prästirende Summe berechnet wird.

Wenn das Civilrecht besondere Regeln über den Gewinn und Ersatz des Einkommens vom umlaufenden Kapital aufstellt, so geschieht es aus anderen Gründen, welche, ebenso wie die erwähnte Berechnungsmethode, im Wesen des fraglichen Einkommens stecken:

1. Einkommensgewinn.[1] Wenn Jemand einem anderen das Kapital als umlaufendes zur Ausbeutung gegen Entgelt überlässt, so ist damit gesagt, dass die species und sein dingliches Recht an derselben für ihn verloren geht; er hofft nur vom Schuldner etwas Anderes zu bekommen. Ob seine Hoffnung sich erfüllt, das hängt von der Solvenz des Schuldners zur Zeit der Rückgewährung des Kapitals ab. Von den socialwirthschaftlichen Erscheinungen, welche daraus entstehen, haben wir schon oben ge-

1) Es ist hier nur vom Gewinn des Einkommens durch Rechtsgeschäfte zu sprechen, denn, wenn der Eigenthümer des Kapitals dasselbe in eigener Wirthschaft produktiv verbraucht, d. h. als umlaufendes Kapital selbst ausnutzt, so hat das Civilrecht keinen Anlass, das Einkommen vom stehenden Kapital von demjenigen vom umlaufenden zu scheiden und beide verschiedenen Regeln zu unterwerfen. Anstatt theoretischer Ausführung werden folgende Beispiele genügen: a) Ein Vorrath an Steinkohlen, Wolle oder eine goldene Vase wird bei der Fabrikation verbraucht; b) eine Masse Getreides wird auf die Aussaaten oder auf die Ernährung der Arbeiter, c) eine Summe Geld wird auf den Ankauf von Rohstoffen, auf die Bezahlung der Arbeiter etc. verwendet.

sprochen. Derjenige, welcher nach dem umlaufenden Kapital sucht und keine sichere Garantie für die Rückgewährung zu bieten vermag, wird oft gezwungen, übermässiges Aequivalent zu zahlen, d. h. fällt in die Hände des Wucheres. Das römische Recht hat ein Zinsenmaximum aufgestellt. Welche Tragweite hat diese Beschränkung? Greift sie nur in den Fällen ein, wenn eine Summe Geld oder Fungibilien anderer Art gegen Vergütung einem anderen zur Ausnutzung überlassen wird, wenn dabei das Aequivalent in Sachen derselben Art zu leisten ist und wenn dasselbe nach Prozenten des Kapitals bemessen ist? Diese Fragen sind vom dogmatischen Standpunkt eingehend in der Lehre vom Erwerb des Einkommens zu untersuchen; jetzt nur einige kurze Bemerkungen vom Standpunkt der Civilpolitik:

a) Wenn der Gesetzgeber die Zinsenbeschränkung nur für diejenigen Fälle aufstellte, wo eine Summe Geld oder Fungibilien anderer Art hergegeben werden, so könnte der Wucher ebenso gut wie früher gedeihen, nur dass das Kapital in anderer Form gewährt würde.

b) Dasselbe müsste eintreten, wenn die Form, in welcher das Kapital zurückgewährt wird, von entscheidender Bedeutung wäre.

c) Wenn die Zinsenbeschränkung nur in denjenigen Fällen angewendet würde, wo das zu leistende Aequivalent in Sachen derselben Art, wie das Kapital, bestünde, so liessen die Wucherer, um das Gesetz für sich unschädlich zu machen, sich das Aequivalent in anderen Werthobjekten versprechen.

d) Wenn die Bestimmung der Höhe des Aequivalentes nach Prozenten als Voraussetzung des Gesetzes nöthig wäre, so würden die Wucherer dasselbe anders bestimmen.

Im Kodex finden wir eine Stelle, welche mit dem herrschenden Zinsenbegriff in einem ebenso auffallenden Widerspruch zu stehen scheint, wie die meisten oben gegen die herrschende Zinsenlehre angeführten:

Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras iussimus (l. 25 C. de usuris 4, 32).

Die Jurisprudenz, welche im Gegensatz zu den anderen auf den überlieferten Quellen beruhenden Wissenschaften sehr oft ihre Lehrsätze nicht den Quellen anpasst, sondern vielmehr, wenn diese unbequeme Zeugnisse enthalten, einer umgekehrten Methode folgt, macht auch diese Stelle unschädlich. Anstatt „et veste“ werden andere Worte empfohlen. Von einer Seite behauptet man, dass

dort die Worte „et recte“ (Ihering) stehen sollen, von anderer Seite wird „et aere“ (Huschke) anempfohlen.[1]

Eine andere Stelle in demselben Titel (l. 16, vgl. l. 17 eod.) bespricht den Fall des verbotenen Zinsennehmens, wobei das Kapital in Geld, die Zinsen aber in Getreide geschuldet sind. Auch dieses Hinderniss hat man auf eine scharfsinnige Weise bewältigt. Man bemerkt einfach, dass in der genannten Stelle „das zu Leistende nicht als Zins, sondern als Vertretung des Zinses aufgefasst“ wird.[2] Das Argument ist zu schlagend und einleuchtend, als dass wir dasselbe bekämpfen könnten. Es ist aber richtiger, dasjenige, was die Quellen unter die über die Zinsen erlassenen Gesetze subsumiren, obgleich es die Merkmale des herrschenden Zinsenbegriffes nicht besitzt, doch als Zinsen zu bezeichnen. Denn die Zusammenfassung einer Anzahl von Erscheinungen unter einen Begriff oder die Vertheilung derselben zwischen zwei verschiedene Begriffe bestimmt sich u. E. in der Rechtswissenschaft lediglich dadurch, ob die fraglichen Erscheinungen den identischen oder verschiedenen Rechtssätzen unterworfen sind.

Kurz, wir möchten schon jetzt die in der Lehre vom Zinsgewinn näher zu begründenden Sätze aufstellen:

a) Unwesentlich für den Begriff der Zinsen ist die Gestalt des hergegebenen und des zurückzuleistenden Kapitals und die Art der Bestimmung des Aequivalentes.

b) Wesentlich ist nur der Umstand, ob ein Kreditgeschäft oder ein miethsartiges Geschäft vorliegt, d. h. ob das Kapital als stehendes oder als umlaufendes auftritt.

Wenn das Kapital nur zum Gebrauch salva substantia gegeben wurde, so braucht der Richter auf die Frage nach der Höhe des Aequivalentes gar nicht einzugehen.

Nehmen wir z. B. folgenden nicht unmöglichen Fall. A. giebt dem B. eine Quantität von Geldmünzen für die Ausstellung im Schaufenster mit der Verabredung, dass der Geber Eigenthümer der Münzen bleibt, dass diese in specie auf bezeichnete Art zu gebrauchen und nach drei Monaten zurückzugeben sind; als Aequivalent für diese Benutzung wurde die Leistung von 1 % monatlich vom Werth der Masse Geld versprochen. Diese Vergütung bildet keine Zinsen, sondern einen Miethszins; keine Regel über die Zinsen

1) Vgl. Arndts § 207 Anm. 2; Windscheid II § 259 N. 2.
2) Windscheid II § 259 N. 3.

kann hier angewendet werden. Insbesondere sind im Falle des Verzugs Zinsen vom geschuldeten Aequivalent zu bezahlen. Wenn dagegen das Aequivalent für das Recht, das gewährte Kapital beliebig zu verbrauchen oder zu veräussern ausbedungen ist, so hat der Richter dasselbe als Zinsen zu behandeln und eventuell das Geschäft als gegen die Zinsengesetze verstossendes anzusehen. Der verschwenderische Gutsbesitzer A. bittet den B. um ein Darlehn auf ein Jahr in Höhe von 5000, um eine Brillantbroche für eine Schauspielerin zu kaufen, und ist bereit, 20 % Zinsen zu bezahlen. Anstatt dessen schlägt B. vor, dem Gutsbesitzer die erwähnte Broche im Werthe von 5000 selbst zu liefern; dafür soll der Kreditsuchende im nächsten Herbst eine dem Werth der Broche entsprechende Quantität Getreide und ausserdem 2 Pferde von seinem Inventar im Werth von 1000 dem B. leisten. Diagnose: 2 versprochene Pferde sind Wucherzinsen.

2. Einkommensersatz. Wir haben schon oben gesehen, dass der Zinsenersatz in den Fällen stattfindet, wenn es sich um den Verbrauch des Kapitals handelt. Usurae perceptae und fictae werden dann prästirt, wenn das gewonnene oder fingirte Einkommen aus dem Verbrauch des Kapitals entsteht. Usurae percipiendae —, wenn das Einkommen durch den Verbrauch des Kapitals gewonnen werden sollte. Geopferte und entzogene Zinsen sind dasjenige Einkommen, welches der Gläubiger mittelst Verbrauches des Kapitals erzielen konnte. Wer die Sachen thatsächlich in specie aufbewahrt hat, leistet keine usurae perceptae noch fictae. Wer die Sachen in specie zu erhalten befugt ist, leistet keine usurae percipiendae. Der Vermächtnissnehmer, welcher die vermachten goldenen Sachen bei rechtzeitiger Leistung in specie gebrauchen würde, hat keinen Anspruch auf die Verzugszinsen etc. Kurz, wir können sagen, dass beim umlaufenden Kapital das Einkommen in der Gestalt der usurae, sonst in der Gestalt der Miethszinse und dgl. ersetzt wird.

Auch hier ist, wie schon gezeigt, gar nicht wesentlich, ob das Kapital in Geld bezw. Fungibilien anderer Art oder in Nichtfungibilien besteht. Auch die Sitte, das Einkommen nach Prozenten des Werthes des Kapitals zu berechnen, hat in der Lehre vom Zinsenersatz keine wesentliche Bedeutung. Wenn es sich z. B. um die Frage handelt, ob der Mandatar den Miethszins von einer Sache oder die ortsüblichen Zinsen vom Werth derselben als fructus percipiendi zu ersetzen hat, so wäre diese Frage ganz ohne

Bedeutung, wenn der Mandatar in beiden Fällen im Endergebniss dieselbe Summe z. B. 100 zu leisten hätte und wenn es sich nur um die bei der Schätzung anzuwendende Methode handelte. Die Hauptsache ist, dass der ortsübliche Miethszins ganz anderen Werth hat als die ortsüblichen Zinsen. Die Ursache liegt auf der Hand. Der ortsübliche Miethszins ist der Marktwerth des Kapitalgebrauches, die ortsüblichen Zinsen bilden den Marktwerth des Kapitalverbrauches. Es giebt aber sehr viele Umstände, welche dahin wirken, dass für die Nutzung des Kapitals mittelst Verbrauches ganz anderer Preis auf dem Kapitalienmarkt gewährt wird, als für die Gebrauchsnutzung. Im Allgemeinen kann man sagen, dass der Marktwerth der Nutzung des umlaufenden Kapitals denjenigen Zinsen gleicht, welche vom Gelderlös beim Verkauf der betreffenden Sache erzielt werden können. Wenn eine Sache, z. B. eine goldene Vase, für 1000 Mark verkauft werden kann, so wird derjenige, welcher diese Sache zur beliebigen Benutzung als umlaufendes Kapital, z. B. zum Verbrauch als Material in seiner Fabrik oder zum freien Verkauf, erhält, dasselbe (ungefähr) Nutzungsäquivalent bis zur Kapitalerstattung bezahlen, als wenn er 1000 Mark in Geld erhalten hätte, also z. B. 50 Mark jährlich. Für die Benutzung derselben Sache salva substantia wird man dagegen oft keine Vergütung oder eine nur sehr geringe erlangen können, wenn die Sache in specie wenig oder gar nicht brauchbar ist (z. B. eine zerbrochene goldene Vase). Wenn es sich also fragt, ob der Mandatar die Zinsen oder den Miethszins von einer Sache zu prästiren hat, so handelt es sich um ganz verschiedene Werthe; was dagegen die Methode der Schätzung nach Prozenten anbetrifft, so kann auch der Miethszins auf diese Weise ausgedrückt werden; dies wird das Wesen der Sache nicht ändern, denn beim umlaufenden Kapital wird der Mandatar dann 5 %, beim stehenden Kapital vielleicht 1 % oder ½ % vom Werth des Kapitals zu bezahlen haben. Mögen die Zinsen nicht nach Prozenten, wohl aber die Miethzinse nach Prozenten berechnet werden, das Wesen der Sache besteht nicht in dieser Berechnung, sondern darin, dass der Verbrauchsnutzen vielfach den Gebrauchsnutzen übersteigen kann.

Obwohl der Zinsenersatz für den Gläubiger nach dem oben Bemerkten oft viel vortheilhafter ist, als der Ersatz anderer Einkünfte, hat das römische Recht eben im Interesse des Gläubigers (z. B. des Mündels) den Schuldner in einigen Fällen von der

Zinsenpflicht befreit. Warum? Weil der Zinsengewinn den Verlust der species bedeutet. Die Erzielung des höheren Gewinnes geschieht auf Kosten der Sicherheit des Kapitals. Alle besonderen Regeln über den Zinsenersatz im Gegensatz zum Ersatz anderer Früchte haben wir schon oben von diesem Standpunkt erklärt und brauchen das Angeführte nicht zu wiederholen.

Unsere Zinsenlehre schliessen wir mit der Behauptung: der bisher durch die Rechtswissenschaft vertretene Begriff der Zinsen ist nach allen Richtungen falsch und vermag nichts zu erklären.

Die Rezeption des oben aufgestellten einfachen Begriffes der Zinsen: „Zinsen sind Einkünfte vom umlaufenden Kapital" (oder: „Verbrauchskapitalzins" im Gegensatz zum „Gebrauchskapitalzins") wird einen wichtigen Fortschritt bedeuten. Insbesondere kann nur dieser Begriff als Grundlage für die Erklärung des römischen Rechtes und für die gesunde Gesetzgebung über den Zinsenersatz, über den Zinsenwucher etc. gebraucht werden.

Zinsenprästationen im Entwurf.

§ 26. A. Allgemeine Bestimmungen.

Die Zinsenlehre des Entwurfes beruht nicht auf allgemeinen Principien, sondern bildet vielmehr eine Sammlung von kasuistischen „positiven Vorschriften". Zu den allgemeinen Bestimmungen über die Zinsen können wir nur die §§ 77k (§ 792 des Entw. I) und 210 (§ 217 E. I) rechnen.

A. Nach dem § 77k, welcher die Begriffsbestimmung der Früchte enthält, gehören die Zinsen zu den Früchten (§ 77k Abs. 3: „Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt"). Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen:

1. Die Unterscheidung zwischen Einkommen und Kapital (nach dem ungeschickten Ausdrucke des Entwurfes: zwischen der Sache oder dem Rechte und den Früchten) ist im Falle der Zinsen nach den Grundsätzen des § 77k zu vollziehen. Dass diese Grundsätze nicht sachgemäss sind, insbesondere, dass darnach die „Zinsen", auch insofern sie im konkreten Falle die Amortisationsquoten des Kapitals enthalten, als Früchte anzuerkennen sind, haben wir schon an anderem Orte ausgeführt (B. I § 20). Wenn der Begriff der Früchte im Entwurfe dem Begriff des Einkommens entspräche, dann könnten wir richtig unterscheiden, ob dasjenige, was in der gemeinen Sprache „Zinsen" genannt wird, als Frucht oder als Kapital zu behandeln ist.

2. Die zweite Konsequenz aus dem § 77k lautet: da die Zinsen Früchte sind, so sind alle Gesetze, welche sich auf die Früchte im Allgemeinen beziehen, auch auf die Zinsen anzuwenden. Diese Schlussfolgerung ist klar und zwingend. Species in genere.

Indessen wären die Laien, welche sich darnach richten würden, zu bedauern. Die in die Geheimnisse des Entwurfes besser Eingeweihten wissen vielmehr, dass die Hinzurechnung der Zinsen zu den Früchten und somit die Unterstellung der Zinsen den Regeln über die Früchte nur eine (unbeabsichtigte) Täuschung ist.

B. Der § 210 lautet nämlich:

„Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind in Ermangelung einer anderen Bestimmung fünf vom Hundert für das Jahr zu entrichten."

Diese Vorschrift hat eine viel grössere Tragweite, als man prima facie annehmen möchte. Die Aufklärung darüber finden wir in den Motiven (B. II S. 16):

„Die Verpflichtung zur Zinszahlung versteht sich nie von selbst. Sie muss besonders begründet sein durch Rechtsgeschäft (vgl. z. B. § 455) oder durch eine positive Gesetzesvorschrift (z. B. §§ 248, 252, 427, §§ 455, 467, 717)."

Zwar scheint dieser Satz trivial und inhaltlos zu sein, weil keine Rechtsverpflichtung sich „von selbst versteht". Jede Verpflichtung muss im positiven Rechte ihren Grund haben. Indessen ist die obige Bemerkung der Motive nur ein wenig glücklicher Ausdruck für einen anderen Gedanken, als der Wortlaut ergiebt. Sie bedeutet nämlich, dass die Zinsen nur dann zu leisten sind, wenn sie durch Rechtsgeschäfte angeordnet, oder wenn die Zinsenpflicht für den betreffenden Fall ausdrücklich durch ein besonderes Gesetz vorgesehen ist. Daraus ergiebt sich unter Anderem, dass in den Fällen, in welchen Früchte zu prästiren sind, die Erstreckung dieser Prästationspflicht auf die Zinsen unzulässig ist. Man muss vielmehr darauf sehen, ob die Zinsenpflicht durch eine besondere Bestimmung angeordnet ist oder nicht. Dieser Satz ergiebt sich übrigens nicht nur aus dem § 210 und den Motiven, sondern auch aus den einzelnen im Entwurf passim vorkommenden kasuistischen Bestimmungen über die Zinsenpflicht. Im § 210 sind also folgende zwei Sätze enthalten:

1. Die Regeln des Entwurfes über die Fälle der Fruchtersatzpflicht beziehen sich auf alle anderen Früchte ausser den Zinsen.

2. Die Regeln des Entwurfes über die Bestimmung der Summe des zu ersetzenden Einkommens beziehen sich auf alle anderen Früchte ausser den Zinsen. Wenn z. B. der Vormund das Miethshaus des Mündels zu vermiethen versäumt, so leistet er als fructus percipiendi die nach den Umständen des Falles zu bestimmende, durch die nachlässige Wirthschaft verloren gegangene Summe des Hauseinkommens. Wenn er dagegen eine Geldsumme verzinslich anzulegen versäumt, so zahlt er immer 5 %, obgleich er die Anlage bei einer Sparkasse, welche nur 2 % zahlt, versäumt hat (vgl. unten § 30).

Ist es nicht ein schädliches und irreführendes Verfahren, wenn man an einer Stelle des Gesetzbuches durch die gesetzliche Definition der Früchte auf die Zinsen die Sätze über die Früchte erstreckt, an einer anderen Stelle aber das Ausgesprochene durch widersprechende Bestimmungen zurücknimmt? Welchen Zweck schreibt der Verfasser den gesetzlichen Definitionen zu, wenn er glaubt, dass die Hinzurechnung der Zinsen zu den Früchten durch die gesetzliche Begriffsbestimmung der Früchte mit seiner Zinsenlehre verträglich ist? Man müsste doch wenigstens in dem § 77 k für die Laien eine Warnung hinzufügen, dass diesem § in Bezug auf die Zinsen nicht zu glauben ist: ne partes decipiautur. Wozu solche gesetzliche Fallgruben?

Selbstverständlich sind weder in den Motiven (zu der ersten Lesung) noch in den Protokollen (der zweiten Lesung) civilpolitische Erwägungen zu finden, welche uns erklären könnten, warum die Zinsen anders als die Früchte behandelt werden sollen.

Aus dem § 210 ersieht man noch:

1. Dass die Zinsenpflicht sich auf die Schulden beschränkt, also bei dinglichen Ansprüchen ausgeschlossen ist. Die Motive (S. 15) enthalten noch eine weitere Einschränkung des Gebietes der Zinsenpflicht. „Das Merkmal der Verzinslichkeit wird thatsächlich in der Regel nur bei Geldforderungen eintreten. Durch die allgemeine Fassung des § 217 (§ 210 E. II) ist jedoch, wenn einmal bei einer Schuld auf andere vertretbare Sachen Verzinslichkeit festgestellt wäre, die analoge Anwendung der Bestimmungen hierauf nicht ausgeschlossen." Unseres Wissens giebt es im Entwurfe keinen Fall, wo die gesetzliche Zinsenpflicht bei einer Nichtgeldschuld eintreten sollte. Alle „positiven Vorschriften" des Entwurfes über die Entstehung der Zinsenpflicht beschränken sich auf Geldschulden. — Auch diese Sätze sind ohne Angabe der civilpolitischen Grüude aufgestellt worden, insbesondere verdankt die Beschränkung der Zinsenpflicht auf die Schuldverhältnisse keinem bewussten Grundsatz, keiner erwogenen Absicht des Gesetzgebers ihr Dasein; sie erklärt sich lediglich durch die unkritische Kompilation der Sätze der gemeinrechtlichen Doktrin, welche jene Beschränkung des Zinsen-

begriffes im Widerspruch mit sich selbst aus Unaufmerksamkeit aufgenommen hat (vgl. oben § 21).

2. Der Entwurf unterscheidet die Fälle des Zinsenersatzes von den Kreditzinsen nicht. Die sich daraus tacite ergebenden verkehrten Konsequenzen brauchen wir hier nicht besonders hervorzuheben (vgl. oben § 24). Nur einige Bemerkungen vom civilpolitischen Standpunkt über die ausdrückliche Vorschrift des § 210, wonach bei rechtsgeschäftlichen Zinsen in Ermangelung einer anderen Bestimmung fünf vom Hundert für das Jahr zu entrichten sind. In den Motiven finden wir keine Rechtfertigung dafür; es wird nur versichert:

„Das Gesetz kann nur einen festen Zinsfuss aufstellen, welcher für alle in Betracht kommenden Fälle gilt“ (S. 15, 16).

In den Protokollen der zweiten Lesung wird zwar von der Bestimmung gesprochen, aber es handelt sich dort nur über die Höhe des Zinsfusses. Indessen wäre es gewiss nicht überflüssig, gründlich zu erwägen, ob denn der Civilgesetzgeber dazu berufen ist, für die Parteien Zinsgeschäfte zu schliessen. Was Anderes bedeutet die angeführte Bestimmung, als dass der Gesetzgeber ein nicht gewolltes und den Schuldner im konkreten Falle vielleicht schwer belastendes Zinsversprechen aus eigener Initiative dem Gläubiger macht. Wir betrachten das Gesetz als ein Zeugniss des gründlichen Missverständnisses über die nationalökonomische Bedeutung der synallagmatischen Geschäfte. Das Princip der freien Konkurrenz (der Vertragsfreiheit) im Civilrecht beruht auf der Annahme, dass das Tauschgeschäft den Interessen der beiden Parteien (also auch der Allgemeinheit) entspricht. Wenn Jemand durch Versprechen einer Gegenleistung sich bindet, so wird angenommen, dass der Schuldner erwogen hat, ob das ökonomische Gut, welches er durch das Versprechen der Gegenleistung erlangt, für ihn einen höheren Werth hat, als das zur Erlangung desselben nöthige Opfer. Wenn der Schuldner die Benutzung des Kapitals mit 3 % oder 4 % Zinsen erkauft, so ist daraus im normalen Falle zu schliessen, dass das Interesse des Darlehnsnehmers an dieser Benutzung des Kapitals intensiver ist, als das Interesse an den zu zahlenden 3 % oder 4 % Zinsen. Das Civilrecht schützt solche Rechtsgeschäfte, weil es annimmt, dass sie die Wohlfahrt der beiden Parteien, also der Allgemeinheit, fördern. Etwas ganz Anderes ist es, wenn das Civilrecht den Schuldner zur Leistung eines Aequivalentes zwingt, welches dieser nicht versprochen hat. Von solchen Fällen kann man nicht

sagen, dass der Schuldner die Vortheile und die Nachtheile des Geschäftes erwogen hat. Hier erscheint vielmehr ein deus ex machina in der Person des Gesetzgebers, welcher den Schuldner zur Zahlung von 5 % zwingt, welche dieser vielleicht niemals versprochen hätte (der Verfasser des Entwurfes erkennt noch dazu selbst an, dass der Zinsfuss „im geschäftlichen Verkehre seit geraumer Zeit gegen früher erheblich, jedenfalls unter 5 Procent p. a., gesunken“. M. S. 16). Das Erforderniss des certum pretium beim Kauf, certa merces bei der Miethe, certae usurae beim Kreditgeschäft etc. ist ein socialwirthschaftlich tief begründetes Princip. Es geschieht zwar selten, dass ein Schuldner Zinsen ohne Angabe der Höhe derselben verspricht. Immerhin verdienen auch diese Fälle eine sachgemässe Entscheidung. Diese kann nur lauten: das Versprechen ist nichtig. Dadurch wird für die Kreditgeber ein psychologischer Zwang geschaffen, die Höhe der Zinsen zu bestimmen, dem Schuldner seine Karten zu zeigen, damit dieser aus Zerstreutheit, Leichtsinn oder übertriebener Höflichkeit nicht in Schaden durch die Schliessung eines in concreto zu theuren Kreditgeschäftes gerathe.

3. Schon die gemeinrechtliche Doktrin versuchte sich vom römischen Grundsatz der Unklagbarkeit der gesetzlichen Zinsen nach Annahme des Kapitals durch verschiedene Mittel, wie z. B. durch das Hineininterpretiren der erhaltenden Wirkung des einseitigen Vorbehaltes seitens des Gläubigers in die Quellen, zu befreien. Es ist darum ganz natürlich, dass der Entwurf diese Beschränkung der Gläubigerrechte stillschweigend beseitigt. Warum diese Aenderung zum unerwarteten Schaden und zur hinterlistigen Ausbeutung des Schuldners seitens des Gläubigers führen kann, haben wir schon oben angedeutet.

4. Dass der gesetzliche Zinsfuss von 5 % erheblich höher als der landesübliche ist, wird, wie erwähnt, vom Verfasser des Entwurfes selbst hervorgehoben. Die Annahme dieses hohen Zinsfusses wird in den Motiven der ersten und in den Protokollen der zweiten Lesung besonders begründet. Diese Begründung beruht auf dem theoretischen Irrthum, dass die gesetzlichen Zinsen ein Surrogat des Schadensersatzes wegen entzogener Nutzung einer Geldsumme bilden. Da in Folge dessen diese Begründung für alle Arten der gesetzlichen Zinsen, ausser den Verzugszinsen, hinfällig ist, so werden wir dieselbe in dem Zusammenhang der Kritik unterwerfen, wohin sie einzig und allein gehört, d. h. bei der Lehre von

den Verzugszinsen. Hier ist nur im Allgemeinen hervorzuheben, dass der Entwurf nach dem oben Gesagten alle Schuldner zu Gunsten der Gläubiger besteuert, weil von den Schuldnern im Verzug ein Extrageschenk für die Gläubiger verschafft werden muss.

§ 27. B. Zinsen als fingirtes Einkommen.

Der Schwerpunkt der Lehre des Entwurfes vom Zinsenersatz liegt, wie bemerkt, in den einzelnen kasuistischen Bestimmungen. Hierher verlegen wir entsprechend auch deu Schwerpunkt unserer Kritik. Da die Behandlung der usurae perceptae und percipiendae nach dem Entwurf nicht klar geregelt ist, sondern viele Zweifel übrig lässt, so werden wir von diesen Materien erst dann sprechen, als wir die klaren und unzweideutigen Bestimmungen über andere Arten der Zinsenpflicht kennen gelernt haben.

Dem Begriff der fingirten Zinsen entsprechen folgende §§ des Entw. II.:

§ 599 (§ 593 des E. I). „Hat der Beauftragte Geld, welches er dem Auftraggeber herauszugeben oder für diesen zu verwenden hat, für sich verwendet, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.“

§ 638 (§ 619 des E. I). „Hat der Verwahrer ohne Erlaubniss des Hinterlegers hinterlegtes Geld für sich verwendet, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.“

Gemeinsam den beiden Gesetzen ist die Beschränkung der Zinsenpflicht auf den Fall des Geldverbrauches. Wir haben schon oben gezeigt, dass diese Beschränkung civilpolitisch keinen verständigen Grund hat. Sie ist geradezu schädlich, weil sie eine Prämie auf die Verwendung anderer Kapitalien ausser Geld (Werthpapiere, welche kein Geld sind, Getreide, Wein, Goldsachen etc.) gewährt und somit eigennützige Versuchungen für den Inhaber schafft. Wir haben auch darauf hingewiesen, dass der Inhaber dieser anderen Kapitalien, auch wenn er gerade Geld nöthig hat, unter Umständen das Gesetz sehr leicht umgehen und sich eine zinsenfreie Geldsumme verschaffen kann.

Die Bestimmung des § 599 unterscheidet sich von der des § 638 dadurch, dass der Verwahrer nur dann zinsenpflichtig wird, wenn er das hinterlegte Geld „ohne Erlaubniss des Hinterlegers“ für sich verwendet, während diese Beschränkung für den Beauftragten nicht platzgreift. Die Beschränkung ist fehlerhaft:

Wenn der Hinterleger das Geld seinem Bekannten mit der Bestimmung giebt, dass dieser die Geldstücke in specie aufbewahren oder auf beliebige Weise nutzbar machen soll, so kann der Verwahrer auf Grund des § 638 eine eigennützige Spekulation machen. Nach dem Vertrag ist die in usus conversio nicht verpönt. Er verbraucht nun darum das Geld in eigenem Nutzen und behauptet nachher, dass er keine Zinsen zu zahlen hat. Vielleicht wollte der Verfasser des § 638 durch die Worte „ohne Erlaubniss des Hinterlegers“ einen anderen Gedanken ausdrücken, als der Wortlaut ergiebt. Vielleicht wollte er aussprechen, dass der Verwahrer zinsenfrei ist, wenn der Hinterleger ihm nicht nur die in usus conversio erlaubt, sondern auch den Kapitalnutzen für einen solchen Fall geschenkt hat (gratuita pecunia). Dann ist die Beschränkung fehlerhaft gefasst und ausserdem trivial. Sie ist jedenfalls zu streichen.

Zu den oben kritisirten Regeln ist noch der § 1697 des Entw. I hinzuzufügen, welcher in Bezug auf den Vormund bestimmt: „Verwendet er einen Vermögensgegenstand des Mündels in eigenen Nutzen, so ist er verpflichtet, den Werth, welchen der Gegenstand zur Zeit der Verwendung hatte, von diesem Zeitpunkte an zu verzinsen.“ [1]

Bemerkenswerth ist, dass diese Regel von dem Fehler der Beschränkung der Zinsenpflicht auf den Verbrauch von Geldsummen frei ist. Wenn man die gedachten Bestimmungen des Entw. II nicht entsprechend verbessert, werden die zukünftigen Parteien und Juristen mit Recht ihr Befremden darüber ausdrücken, warum man dem Beauftragten die Zinsenfreiheit für den Fall einer geschickten Manipulation mit dem zu verwaltenden Kapital versprochen, dem Vormund dagegen versagt hat. Der Widerspruch scheint uns sich auf folgende Weise erklären zu lassen. In den Motiven zu der Zinsenpflicht des Beauftragten und des Verwahrers finden wir keine civilpolitischen Erwägungen, wohl aber ausser der Belehrung über die Auslegung der Vorschriften eine Verweisung auf das geltende Recht und insbesondere auf das Lehrbuch von Windscheid (Mot. B. II. S. 579 N. 2, S. 539 N. 4). Mehr

1) In der zweiten Lesung soll diese Bestimmung (nach der „Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung“) lauten:

„Verwendet er einen Vermögensgegenstand des Mündels in eigenen Nutzen, so ist er verpflichtet, den Betrag des zu ersetzenden Werthes von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.“

kritisch sind dagegen die Motive zum § 1697. Hier heisst es (B. IV S. 1180) über die Ausdehnung der Zinsenpflicht auf den Verbrauch anderer Kapitalien ausser dem Geld:

„Auch in Fällen der letzteren Art ist eine Erleichterung des Beweises der Grösse des dem Mündel erwachsenen Schadens im Interesse des Mündels angemessen."

Das selbständige Denken des Gesetzgebers hat hier seine guten Früchte gebracht, obwohl er falsche Prämissen gebraucht hat. Obgleich die Leistung der Zinsen in unserem Falle nichts mit dem Schadensersatz zu thun hat (auch nach dem Entwurf wird ihre Leistung nicht auf den Fall des Entstehens eines Schadens beschränkt), so ist das Ergebniss der Erwägung doch sachgemäss.

Gegen alle angeführten Vorschriften richtet sich ferner folgender Einwand:

Da der gesetzliche Zinsfuss erheblich höher, als der landesübliche, ist, so sind gegen die angeführten §§ alle diejenigen Einwände zu machen, welche wir oben gegen die Privatstrafen im Allgemeinen gerichtet haben. Diese Privatstrafe scheint (wenn man den modernen Zustand des Kapitalmarktes berücksichtigt) höher zu sein, als nach dem Corpus iuris civilis, welches 6 % (usurae maximae) im Falle der in usus conversio prästiren lässt. Sie trifft aber im Gegensatz zum Rechte des Corpus iuris (welches auf diese Weise nur die Delinquenten, keineswegs aber alle Personen im Falle des in usus convertisse bestraft) auch diejenigen, welche ohne irgend welche culpa das ihnen nicht gehörende Kapital verbraucht haben. Hier liegt also ein völlig willkürliches und zwecklos Geschenk an den Gläubiger aus der Tasche des Schuldners vor.

Gegen das Verfahren des Entwurfes in Bezug auf die usurae fictae im Ganzen ist noch Folgendes zu erwägen:

Aus dem Princip: Keine Zinsenpflicht ohne ausdrückliche positive Vorschrift für den fraglichen Fall ergiebt sich, dass der Entwurf in vielen Fällen die Pflicht, usurae fictae zu leisten, einzuführen unterlassen hat, obgleich diese als dringend angerathen erscheint.

Die angeführten Vorschriften sind zwar durch die Verweisungen auf einige andere Fälle ausgedehnt (so auf die neg. gestio § 612 E. II, Pflegschaft § 1743 E. I, auf das Amt des Testamentvollstreckers § 1908 E. I, des Vorstandes einer juristischen Person § 26 E. II). Man kann aber eine beliebige Anzahl von Fällen

anführen, für welche die Regeln des Entwurfes nicht ausreichen. Es werden einige genügen:

1. Wenn der Pfandgläubiger die bei ihm verpfändete Sache (z. B. Geld, Werthpapiere etc.) oder die Hyperocha in eigenem Nutzen verwendet, ist er zinsfrei. Warum?

2. Ebenso, wenn der Vermiether eines Raumes die darin aufbewahrten fremden Sachen, z. B. Getreide, verbraucht (z. B. zu Spekulationszwecken)?

3. Der Vermögensverwalter mit Gehalt (Dienstmiethe), der „gemiethete" Rechtsanwalt?

4. Warum bezahlt der Erbschaftsbesitzer keine Zinsen, wenn er Erbschaftsgegenstände verbraucht? Warum kann der Niessbraucher eines Vermögens keine fingirten Zinsen von demjenigen fordern, welcher ihm die Niessbrauchskapitalien vorenthält und als umlaufendes Kapital in seinem Geschäft benutzt?

Auf alle diese Fragen giebt es nur eine Antwort. Der Verfasser des Entwurfes hat an diese Punkte gar nicht gedacht, weil er im Katalog der Fälle der gesetzlichen Zinsenpflicht nach dem gemeinen Rechte darüber nichts vorgefunden hat.

§ 28. C. Entzogene Zinsen.

§ 244 des Entw. II lautet:

„Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit fünf vom Hundert für das Jahr zu verzinsen. Sind aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen zu zahlen, so sind diese fortzuentrichten.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen."

Dieses Gesetz enthält zwei Liebesgaben an das mobile Kapital auf Kosten der Schuldner.

1. Die erste unbegründete Benachtheiligung der Schuldner besteht darin, dass der Gläubiger 5 % auch dann bekommt, wenn er durch die Verzögerung keinen Schaden erlitten hat. Es wäre wünschenswerth, dem Schuldner den Nachweis zu gestatten, dass der Verzug dem Gläubiger keinen resp. geringeren als 5 % Vortheil entzogen hat. Die bekämpfte Vorschrift enthält ein Zeugniss, dass der Gesetzgeber (ohne dessen bewusst zu sein) für die Interessen der Gläubiger parteiisch sorgt und die Schuldenlast und die Macht des Geldkapitals ohne jeden Grund zu vergrössern sucht.

2. Die zweite Liebesgabe an die Vertreter des Geldkapitals besteht in dem in 5 % enthaltenen Zuschlag zu den landesüblichen Zinsen.

Die Beibehaltung dieses nach den jetzigen Verhältnissen sehr hohen Zinsfusses wird in den Motiven aus folgenden Gründen gerechtfertigt (B. II S. 16):

„Der Zinsfuss ist zwar im geschäftlichen Verkehre seit geraumer Zeit gegen früher erheblich, jedenfalls unter 5 Prozent p. a., gesunken, und anscheinend keine Aussicht vorhanden, dass er sich in nächster Zeit wieder hebe. Andererseits fehlt es aber an bestimmten Anhaltspunkten dafür, dass der gegenwärtige niedere Zinsfuss ein bleibender sein oder auf so lange Zeit herrschen werde, dass das Gesetz an diesem Orte hiermit rechnen müsste. Es darf davon ausgegangen werden, dass wie erfahrungsmässig in früheren Zeitperioden auf die Zeit des Niederganges des Zinsfusses eine solche des Aufschwunges folgen werde. Hiernach erscheint der angenommene Zinssatz von 5 Prozent auf das Jahr ein gerechtfertigter zu sein.“

Wir übersetzen dieses Raisonnement in eine klarere und offenere Sprache:

1. Solange der gegenwärtige landesübliche Zinsfuss herrscht, sind die produktiven Klassen zu Gunsten des mobilen Kapitals zu besteuern.

2. Was die Zeit nachher anbetrifft, so ist es zweifelhaft, ob der Zinsfuss höher oder niedriger, als der gegenwärtige, sein wird. Aber: in dubio secundum creditorem! Der gesetzliche Zuschlag zu dem gegenwärtigen landesüblichen Zinsfuss ist den Gläubigern auch auf diesen Fall zu sichern.

Wir glauben, dass die einsichtigen politischen Vertreter des Geldkapitals auf diese besonders freundlichen Rücksichten verzichten werden. Jedes Privileg dieser Art müssen sie heute als ein Danaer-Geschenk betrachten.

Was die Sorge des Verfassers für die Zukunft anbetrifft, so ist sie ganz überflüssig. Wenn der Zinsfuss in der Zukunft steigt, so wird es Sache der zukünftigen Gesetzgebung sein, ein entsprechendes Gesetz zu veranlassen. Man braucht jetzt kein Misstrauensvotum der zukünftigen Gesetzgebung auszusprechen. Diese wird sicher viel besser für die Bedürfnisse ihrer Zeit sorgen, als die vergangene und die gegenwärtige Gesetzgebung. Eine sonderbare Idee: ein für die Gegenwart nicht passendes Gesetz vorzuschlagen, weil die kommenden Generationen vielleicht nicht auf den Gedanken kommen werden, für sich durch sachgemässe Gesetze zu sorgen!

Es ist auch mit Sicherheit zu erwarten, dass auch die zukünftige Wissenschaft, die Civilpolitik, dafür sorgen wird, dass die Civilgesetzgebung nicht stationär bleibe und dass die veralteten und schädlich gewordenen Gesetze durch zeit- und sachgemässe Gesetze ersetzt werden. Falls aber wirklich die Zukunft kein besseres Verständniss für die Wichtigkeit der sachgemässen Civilgesetze für den Wohlstand des Volkes haben würde, als die Vergangenheit, was folgt daraus? Sicher nicht, dass man einen höheren, als den gegenwärtigen, Zinsfuss wählen soll. Wenn für die Steigerung des Zinsfusses gleiche Chancen, wie für den Niedergang, sprechen, so erfordert die Logik die Wahl des gegenwärtigen Zinsfusses, weil dieser nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeit der wahrscheinlichste ist. Dies sollte für jeden Unbefangenen einleuchtend sein. Viele Erwägungen sprechen aber dafür, dass der Fortschritt der Kultur, insbesondere der Gerechtigkeit im Gebiete der Vertheilung des Volkseinkommens, den Zinsfuss weiter mässigen wird. Z. B. ist die sog. sociale Gesetzgebung sicher nicht geeignet, die Erhöhung des Kapitalzinses herbeizuführen. Auch die herrschende Kapitalkonkurrenz wirkt in derselben Richtung.[1]

In der Kommission für die zweite Lesung wurde die Frage nach der Höhe des gesetzlichen Zinsfusses wieder erörtert. Die Mehrheit entschied sich für die Beibehaltung der 5 % aus folgenden Gründen:

„Zunächst ist allerdings davon auszugehen, dass der Schuldner an gesetzlichen Zinsen denjenigen Betrag zu leisten habe, welchen der Gläubiger im Falle rechtzeitiger Befriedigung aus dem Kapital hätte ziehen können. Auch sei hierbei nur der durch eine sichere Kapitalsanlage zu erzielende Gewinn in Betracht zu ziehen. Bei der Festsetzung des gesetzlichen Zinsfusses müsse jedoch auch der Umstand in Betracht gezogen werden, dass der Gläubiger sehr häufig der ihm geschuldeten Geldsumme, auf deren Eingang er gerechnet habe, bedürfe und, da die Zahlung ausbleibe, sich das Geld auf dem Wege des Kredites beschaffen müsse. Für solche Darlehne sei aber ganz allgemein, selbst im genossenschaftlichen Verkehr

1) Freilich sind auch die mehr oder weniger vorübergehenden Schwankungen zu Gunsten des Kapitals nicht ausgeschlossen.

zahlreicher Vorschussvereine, ein Zinsfuss von 5 % und darüber üblich" (Prot. S. 582, 583).

Wenn wir nicht wüssten, von wem diese Ausführung stammt, so würden wir darin nicht das Zeugniss für den Mangel an civilpolitischer Einsicht, sondern geradezu verwerfliche Absichten und den Versuch, dieselben durch die sophistische Argumentation zu verdunkeln, erblicken.

Darnach beschenkt man alle Gläubiger auf Kosten der bedrängten Schuldner, weil einige Gläubiger wirklich 5 % durch den Verzug verlieren. Man könnte glauben, dass dies ein malum necessarium ist, dass man ohne diese allgemeine Besteuerung der Schuldner zu Gunsten der Gläubiger jenen Gläubigern, welche selbst hohe Zinsen zahlen, den vollen Schadensersatz nicht verschaffen könnte. Aber nein, für diese Fälle hat der Gesetzgeber schon durch den § 244 Satz 3 („Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen") die Interessen des Gläubigers besorgt. Als ob man die letztere Bestimmung absichtlich ignorirte, um irgend welchen Vorwand zur gesetzlichen Ausbeutung der Schuldner zu haben.

Die oben bekämpften Privilegien sind nur für die Geldkapitalisten geschaffen. Wenn die Regeln über die Verzugszinsen sachgemäss wären, würden wir die Beschränkung derselben auf die Geldschulden bekämpfen. Die Ausdehnung des Anwendungsgebietes der kritisirten Gesetze können wir natürlich nicht befürworten.

Der § 246 (Entw. II = § 252 Entw. I) lautet:

„Ist der Schuldner zum Ersatze des Werthes eines während des Verzugs untergegangenen oder zum Ersatze der Minderung des Werthes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes verpflichtet, so kann der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, seit welchem der Schuldner mit der Leistung des Gegenstandes im Verzug ist. Für die Zeit, für welche der Gläubiger Zinsen fordert, hat der Schuldner Ersatz wegen entzogener Nutzungen nicht zu leisten."

In den Motiven (B. II S. 66) finden wir anstatt einer civilpolitischen Begründung des Gesetzes eine Belehrung darüber, wie

die Frage zu behandeln wäre, wenn das Gesetz nicht existirte, wie sie nach demselben zu behandeln ist und ausserdem die Versicherung, dass das Gesetz billig ist. „An sich müsste der Gläubiger den Schaden, welcher ihm durch die Entziehung der Nutzungen während des Verzuges entstanden, beweisen. Von dieser Beweispflicht wird der Gläubiger jedoch aus Billigkeitsrücksichten insoweit befreit, als ihm die Befugniss beigelegt wird, von dem Betrage des Werthes der untergegangenen Sache und des Werthunterschiedes für den verschlechterten Gegenstand ohne Weiteres 5 Prozent Zinsen von dem Tage an zu fordern, an welchem der Schuldner mit der Leistung des Gegenstandes in Verzug gekommen ist."

Es ist bezeichnend für die Richtung der Billigkeitsrücksichten des Verfassers, dass diese solche Gesetze, wie das angeführte, zu erzeugen vermögen. Der Gläubiger, welcher das Gesetz zu seinen Gunsten gegen den Schuldner benutzt, macht eine unsittliche und eigennützige Lüge geltend. In Bezug auf die Kapitalsache behauptet er nämlich:

„Ich fordere die Sache in specie. Da diese mir nicht gewährt wird, so muss der Schuldner nach den Regeln des Schadensersatzes mir nicht etwa den gemeinen Verkaufswerth, sondern den Werth ersetzen, welchen das Haben der Sache in specie für mich hat."

Dagegen macht er in Bezug auf das Einkommen geltend:

„Die Sache selbst ist zwar in specie unfruchtbar. Es lohnt sich für mich nicht, die entgangenen Nutzungen zu fordern. Ich fordere dagegen die mir entgangenen Zinsen. Denn ich würde die Sache sogleich nach der rechtzeitigen Leistung verkaufen und 5 % Zinsen gewinnen."

Ist dies nicht eine Unwahrheit zum Zweck der besseren Ausbeutung des Schuldners? In derselben Gerichtssitzung wird zu Gunsten des Gläubigers angenommen, dass er die Sache jetzt in specie hätte und gleichzeitig, dass er diese in specie nicht hätte. Unter Umständen kann eine solche Billigkeit dem Gläubiger einen hübschen Gewinn bringen, welcher mit dem Schadensersatze nichts zu thun hat. Zur Veranschaulichung mag folgendes Beispiel dienen:

Der Kunsthändler A. kauft vom Künstler B. dessen in einer Gemäldeausstellung befindliches Bild für 2000 Mark. Der Künstler liefert aus irgend welchem Grunde (z. B. weil er das Bild noch korrigiren will und die Korrektur sich verzögert hat) das Bild zum Termin nicht ab und wird in Verzug versetzt. Das Bild verbrennt

während des Verzuges mit anderem Mobiliar des Künstlers und der Gläubiger liquidirt folgenden „Schaden“: „Anstatt des Bildes selbst fordere ich 6000 Mark. In diesen Tagen habe ich von dem Kunstfreund C. den Brief bekommen (hier ist er), worin er mir für das von ihm in der Gallerie besichtigte Gemälde des Künstlers A. (dessen Ruhm inzwischen gestiegen ist) 6000 Mark anbietet. Ausserdem fordere ich 5 % Zinsen von 6000 seit der Zeit des Verzuges.“ Nach dem römischen Recht ist eine solche Ausbeutung ausgeschlossen. Wenn der Gläubiger den Werth fordert, welchen die Sache in specie jetzt für ihn hat, darf er nicht im Widerspruch damit behaupten, dass er die Sache längst verkauft und die Zinsen gewonnen hätte. Entweder res et fructus oder pretium et usurae. Der Kunsthändler in unserem Falle müsste sich mit dem Verkaufswerth des Gemäldes zur Zeit des Verzuges (z. B. 3000) begnügen, wenn er die Zinsen seit dieser Zeit fordern wollte. Wenn er dagegen geltend macht, dass er die Sache in specie beibehalten und auf die Steigerung der Preise spekuliren würde, so muss er auch anerkennen, dass er während der Wartezeit keine Zinsen vom Kapital gewonnen hätte. Es wäre hübsch, wenn man auf die Steigerung der Preise spekuliren und zugleich von dem in der Sache steckenden Geldkapital Zinsen ziehen könnte! Nach dem Entwurf ist Alles möglich. Aus Liebe für den Gläubiger scheut man vor den hässlichsten Widersprüchen nicht zurück. Es ist neben dem oben ausgeführten Widerspruch noch zu berücksichtigen, dass der Gläubiger die 5 % Zinsen seit dem Verzug nicht vom Preis zur Zeit des Verzuges, sondern von dem von ihm geforderten höchsten Preis rückwärts berechnet! Es ist darnach nur zu erklärlich, wenn der § 246 mit der Bestimmung endet:

„Für die Zeit, für welche der Gläubiger Zinsen fordert, hat der Schuldner Ersatz wegen entzogener Nutzungen nicht zu leisten.“

In einem guten Gesetzbuch müsste eine derartige Bestimmung als höchst trivial erscheinen. Im Entwurf ist sie nicht überflüssig. Der Gesetzgeber ist so freigebig auf Kosten des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers, dass ein vom Geist des Gesetzbuches angesteckter Richter dem Gläubiger noch die Nutzungen gewähren möchte.

Zu den Bestimmungen des Entwurfes über die Verzugszinsen gehört noch der § 245 (§ 249 E. I):

„Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten. Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug verursachten Schadens bleibt unberührt.“

Aus den Ausführungen der Motive (B. II S. 62 fg.) ersehen wir, dass man in der obigen Vorschrift die Anerkennung des entsprechenden römischen Grundsatzes erblickt.

Darüber ist zu sagen: entweder war der Verfasser über das römische Recht schlecht informirt, oder er hat selbst nicht verstanden, was das von ihm geschaffene Gesetz bedeutet. Uns scheint beides zugleich richtig zu sein.

Das vom sozialen und humanen Standpunkt sehr anerkennenswerthe Prinzip des römischen Rechtes über die Verzugszinsen ist: diese werden nur durch das Kapital erzeugt. Die Summe des Einkommens bringt dem Gläubiger kein Einkommen. Er kann den Gewinn, welchen er von der Summe der Zinsen machen würde, nicht geltend machen. Sein Schadensersatzanspruch ist auf das commodum rei beschränkt und erstreckt sich nicht auf das commodum vom commodum usurarum.

Etwas Grundverschiedenes enthält der § 245 des Entwurfes. Um den Sinn dieses Gesetzes zu würdigen, werden wir uns zunächst auf den Standpunkt des Verfassers stellen und voraussetzen, dass die Verzugszinsen von 5 % keine Privatstrafe für den Schuldner und kein Geschenk für den Gläubiger enthalten, dass sie vielmehr den landesüblichen Nutzen des Geldkapitals, resp. den gewöhnlichen und wahrscheinlichen Verlust des Gläubigers bei Verzögerung der Zahlung darstellen. Im Falle der Richtigkeit dieser Voraussetzung ist in Bezug auf den § 245 zu behaupten: Was darin im ersten Satz dem Schuldner gegeben ist, wird ihm durch den zweiten Satz zurückgenommen. $+a-a=o$. Das Gesetz ist unsinnig, weil es sich selbst aufhebt. Es hat prima facie ein sympathisches Aussehen, aber keinen Inhalt und keine Bedeutung.

Der obige Vorwurf ergiebt sich aus der Zusammenstellung des § 245 Satz 2 mit dem § 214, welcher über den Schadensersatz Folgendes bestimmt:

„Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.“

Auf Grund der beiden §§ kann der Gläubiger, welcher z. B. 5000 als Zinsen zu fordern hat, auf folgende Weise die Zinsen

von dieser Summe geltend machen: „Auf Grund des § 245 Satz 2 ist mein Recht auf Schadensersatz durch den § 245 Satz 1 nicht beschränkt. Nach dem allgemeinen Grundsatz des § 214 kann ich also denjenigen Gewinn von 5000 fordern, welcher, „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge . . . mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.“ Bei Geldsummen gehören dahin die landesüblichen Zinsen (kein Gewinn von der Benutzung eines Geldkapitals ist nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge so wahrscheinlich, wie eben der landesübliche, d. h. der gewöhnlichste, der wahrscheinlichste). Ich fordere also die landesüblichen Zinsen von 5000.“ Die Ausführung des Gläubigers ist unwiderlegbar und da wir vorausgesetzt haben, dass die landesüblichen Zinsen 5 % betragen, so bekommt er nach dem zweiten Satz des § 245 dasjenige, was ihm der erste Satz desselben Gesetzes verweigert. Wie konnte der Gesetzgeber einen so kuriosen lapsus begehen? Er wollte ja durch den § 245 keinen unpassenden Scherz mit dem Schuldner treiben, sondern dort etwas Ernstes erreichen. In den Motiven (S. 63 fg.) heisst es über die usurae usurarum:

„Schon die Mahnung des Gläubigers, wenn sie nicht durch Klagerhebung oder Zustellung eines Zahlungsbefehles erfolgt, zur Begründung der Zinsverpflichtung“ (usurae usurarum) „für ausreichend zu erklären, hielt man für misslich, weil man sich hierdurch vom geltenden Rechte zu weit entfernen und die Gefahr einer für das allgemeine Wohl schädlichen Bedrückung des Schuldners hervorrufen würde. Keinem Bedenken unterliegt es dagegen, überall“ (im Text unterstrichen) „dem Gläubiger das Recht zu belassen, auf Grund des allgemeinen Prinzipes (§ 247 Abs. 1)[1] die Erstattung des durch den Verzug des Schuldners dem Gläubiger erweislich verursachten Schadens zu fordern (§ 249 Satz 3).[2] Von diesem Rechte sind ernste Nachtheile nicht zu befürchten.“

Der Gesetzgeber meint also, dass die Unterlassung der uns interessirenden Vorschrift eine grosse Abweichung vom geltenden Rechte und die Bedrückung der Schuldner bedeuten würde und versichert, dass der Satz 2 des § 245 (§ 249 Satz 3 des Entw. I) keine Nachtheile bringt.

Was die Abweichung vom gemeinen Rechte anbetrifft, so ist der Verfasser zweifellos im Irrthum. Der § 245 Satz 2 beseitigt

1) § 242 des Entwurfes II.
2) § 245 Satz 2 des Entwurfes II.

die wohlthätige Beschränkung der Schadensliquidation auf den Gewinn vom Kapital selbst, weicht somit sehr erheblich, gerade im wesentlichsten Punkte vom römischen Recht ab. Es bleibt aber räthselhaft, warum der Verfasser dem § 245, dessen Inhalt nach dem oben Ausgeführten gleich Null ist, eine so wichtige Bedeutung in Bezug auf die Bedrückung der Schuldner zuschreibt. Das Räthsel löst sich zum Theil, wenn wir die allgemeinen Belehrungen der Motive (B. II S. 62) über das Wesen der Verzugszinsen lesen. Dort wird ausgesprochen, dass die Einführung der gesetzlichen Verzugszinsen „eine Begünstigung des Gläubigers“ enthalte und dass diese Begünstigung in der Erleichterung der Schadensliquidation bestehe. Der Gläubiger brauche nicht nachzuweisen, dass er eine Zinseneinbusse und in welchem Betrag erlitten habe. Daraus ersehen wir, worin der Verfasser die Beschränkung des Gläubigers im § 245 in Bezug auf die Zinsen von Zinsen erblickt. Die Bedrückung der Schuldner ohne diesen eigenthümlichen § bestünde darin, dass der Gläubiger ohne besonderen Nachweis die landesüblichen Zinsen (5 %) von der Zinsensumme fordern könnte; beim Bestehen des Gesetzes hat er dagegen besonders nachzuweisen, dass er die landesüblichen Zinsen von der Summe der Zinsen verloren hat. Wir glauben, dass diese Ansicht ein grober Irrthum ist. Ein vernünftiger Richter, welcher die Gesetze, nicht aber die Belehrungen der Motive befolgen wird, kann vom Gläubiger keinen speciellen Nachweis verlangen, dass er durch die Verspätung der Zahlung landesübliche Zinsen von der geschuldeten Summe verloren hat. Was der Gläubiger wirklich an Zinsen einbüsste, kann kein Mensch wissen noch nachweisen, also kein Gläubiger beweisen und kein Richter erkennen. Es handelt sich vielmehr nur darum, was der Gläubiger nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeit, der Chancen, gewinnen könnte. Er hat also den möglichen Gewinn nur wahrscheinlich zu machen. Kein Richter wird aber von ihm fordern, dass er den Gewinn der landesüblichen Zinsen wahrscheinlich mache. Dies ist mehr als factum notorium, denn die grösste und beste Wahrscheinlichkeit des Gewinnes der landesüblichen Zinsen durch Benutzung einer Geldsumme liegt im Begriffe der landesüblichen Zinsen. Jemanden besonders den entgangenen landesüblichen Zinsengewinn nachweisen zu lassen, wäre ebenso verkehrt, als wenn man beim Verlust einer Sache vom Beschädigten den speciellen Nachweis forderte, dass er dadurch den gemeinen Werth der Sache verloren hat. Die

landesüblichen Zinsen bilden eben den gemeinen Werth der Geldnutzung. Der Gläubiger hat nur dann einen speciellen Wahrscheinlichkeitsbeweis zu führen, wenn er wegen einer nicht gewährten Sache mehr als den gemeinen Werth derselben fordert, wenn er wegen nicht gewährter Kapitalnutzung mehr als den gemeinen Werth dieser Kapitalnutzung fordert. Dann muss er zeigen, dass für ihn etwa „nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen" das fragliche ökonomische Gut höheren Nutzen versprach, als denjenigen, welcher „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge" im Lande als der wahrscheinlichste betrachtet wird.

Die Beseitigung der Bedrückung der Schuldner durch den § 245 besteht also darin, worin sie der Verfasser erblickt, nicht. Dieses Gesetz bekommt einen Sinn nur dann, wenn wir die obige einstweilige Voraussetzung (wonach, wie der Gesetzgeber meint, 5 % den wahrscheinlichsten entgangenen Gewinn bilden) verlassen. Wir haben schon gezeigt, dass die gesetzlichen Verzugszinsen von 5 % eine Privatstrafe in doppelter Beziehung für den Schuldner bedeuten:

1. Weil sie einen grösseren als den wahrscheinlichsten Gewinn darstellen.

2. Weil dem Schuldner der Nachweis versagt ist, dass in Folge besonderer Umstände ein geringerer Gewinn als der gewöhnliche wahrscheinlich war.

Der § 245 gewährt dem Gläubiger, im Gegensatz zum römischen Recht, die usurae usurarum. Nur werden diese usurae usurarum ebenso sachgemäss berechnet, wie nach dem römischen Recht usurae sortis berechnet werden, d. h. ohne besondere Extrageschenke an den Gläubiger.

Jetzt sehen wir, wie der Gesetzgeber sich selbst unwillkürlich compromittirt, indem er ausspricht, dass die Berechnung der usurae usurarum nach dem von ihm aufgestellten allgemeinen Massstab für die Verzugszinsen die Schuldner bedrücken würde. Dieser Ausspruch enthält ja die schärfste Selbstverurtheilung; denn er enthält das Geständniss, dass man die bedrückenden Regeln da eingeführt hat, wo ihre Last vielfach unerträglicher für den Schuldner ist, nämlich bei der Berechnung der Zinsen vom Kapital selbst. Dass die Motive den Verfasser des Gesetzbuches compromittiren, ist indess belanglos; dort geschieht es übrigens auf jedem Schritt und Tritt. Wichtiger ist die Thatsache, dass jede künftige Gerichtsverhandlung über Geldschulden das Gesetzbuch in den Augen des Volkes diskreditiren, ja geradezu zu einem öffentlichen Aergerniss führen kann. Man erwäge nur, wie sonderbar die richterlichen Entscheidungen ausfallen werden. Nehmen wir z. B. eine Darlehusklage auf 10 000, worin 8000 Kapital und 2000 Zinsen stecken. Das Gericht spricht nun aus, dass der Gläubiger von 8000 5 % ohne Weiteres berechnen darf, in Bezug auf 2000 dagegen der durch den Verzug erlittene Schaden noch zu ermitteln ist. Schliesslich werden dem Gläubiger 3 oder $3^1/_2$ % als landesübliche Zinsen von 2000 zuerkannt. Was erzählt nun diese Erscheinung dem Beklagten, den Zeugen, dem Publikum? Die Leute werden sich denken: Die 2000 und die 8000, welche zusammen die ganze Schuldsumme ausmachen, sind doch gleiches Geld. Man kann nicht recht einsehen, warum dem Gläubiger ein anderer Schaden hier als dort erwächst. Wenn also die Zinsen von 8000 gerecht berechnet sind, so sind die Zinsen von 2000 ungerecht berechnet; wenn dagegen die 3 % Zinsen von 2000 gerechte Zinsen sind, so sind die 5 % Zinsen von 8000 ungerecht. Die Ursachen des Widerspruches sind klar. Die 5 % Zinsen bei den 8000 hat der Richter dem bürgerlichen Gesetzbuch entnommen. Die 3 % Zinsen bei 2000 hat dagegen der Richter nach Anhörung der Parteien nach seinen Treue und Gewissen selbst als gerechte Zinsen dem Gläubiger zuerkannt. Der Richter ist gerecht und human, die Gesetze dagegen parteiisch und für die Schuldner bedrückend. Ein dankbares Material für gewisse Agitatoren, für die Schürung des Klassen- und Racenhasses!

Aus dem angeführten Grundprincip des römischen Rechtes, wonach nur das Kapital Zinsen erzeugt, folgt ein zweites Zeugniss für die relative Humanität des römischen Rechtes und den rücksichtslosen Kapitalismus des zukünftigen Gesetzbuches:

Nicht nur die Zinsen, sondern auch alle anderen Einkünfte erzeugen nach dem römischen Rechte für den Gläubiger keine Zinsenansprüche. Schon aus diesem Grunde befindet sich der Verfasser im auffallenden Irrthum, wenn er meint, dass er in Bezug auf die Verzugszinsen keine wesentliche Abweichung vom römischen Rechte aufstellt. Im Gegentheil, auch wenn der § 245 im praktischen Endergebnisse nicht auf einen geschmacklosen Scherz hinausliefe, sondern den Schuldner wirklich von den Zinsenzinsen befreite, würde er bei Weitem nicht so viel zur Erleichterung der

Schuldenlast beitragen, wie der viel allgemeinere Grundsatz des römischen Rechtes.

§ 29. D. Geopferte Zinsen.

Der § 601 des Entw. II (§ 595 E. I) bestimmt über die dem Beauftragten vom Auftraggeber zu ersetzenden Verwendungen:

„Aufgewendetes Geld hat der Auftraggeber von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen."

Diese Bestimmung ist durch die Verweisungen auf die neg. gestio (§ 614 E. II), auf die Vormundschaft (§ 1698 E. I) und andere Fälle, in welchen die Regeln des Auftrages, der Geschäftsführung ohne Auftrag und der Vormundschaft entsprechende Anwendung finden, erstreckt. Die Motive zu der angeführten Bestimmung haben uns eine angenehme Ueberraschung bereitet. Eine Oase in der Wüste dogmatischer Belehrungen und höchst unbedeutender Ausführungen über verschiedene praktische und unpraktische Rücksichten. Sie lauten kurz (B. II S. 541, 542):

„Mit dem geltenden Rechte erklärt der Entwurf den Auftraggeber für verpflichtet, von Geldaufwendungen, nicht aber auch von dem Geldwerthe sonstiger Aufwendungen, Zinsen von dem Tage der Aufwendung an zu entrichten. Diese Bestimmung empfiehlt sich als eine überaus zweckmässige gerade im Interesse des Auftraggebers, weil in Ermangelung derselben der Beauftragte zweifellos oft sich veranlasst fände, zum Schaden des Auftraggebers nicht in Vorschuss zu gehen. Dieser Zweck der Vorschrift und die Beschränkung auf Geldaufwendungen verbietet, die Zinspflicht erst von da an eintreten zu lassen, wo der Beauftragte dem Auftraggeber Mittheilung von der Geldaufwendung gemacht hat."

Zwar enthält diese Ausführung nicht die volle Würdigung aller in Betracht kommenden Momente. Jedenfalls ist sie vielfach mehr werth, als alle Motive und Protokolle zu den von uns oben und an anderen Orten kritisirten Paragraphen des Entwurfes zusammen. Der Verfasser hat hier richtig verstanden, wozu er die Zinsenpflicht einführen will. Leider (und dies ist höchst bezeichnend für die Abneigung oder Unfähigkeit des Verfassers zum civilpolitischen Denken) hat man das Gesetz doch so gebildet, als ob man den Sinn desselben nicht verstanden hätte.

A. Zunächst bemerken wir schon in den Motiven einen auffallenden Widerspruch in zwei neben einander stehenden Sätzen. Neben der richtigen Bemerkung, dass in Ermangelung des kritisirten Gesetzes „der Beauftragte zweifellos sich oft veranlasst fände, zum Schaden des Auftraggebers nicht in Vorschuss zu gehen", finden wir die Versicherung, dass die Zinsen nur von Geldaufwendungen, „nicht aber auch von dem Geldwerthe sonstiger Aufwendungen" einzuführen sind! Oder glaubt man, dass diese Beschränkung nicht denselben schädlichen Einfluss auf die Handlungsweise des Beauftragten ausüben wird. In der verwalteten Fabrik brennt ein für die Produktion nothwendiges Gebäude nieder. Der Verwalter (Beauftragte, Vormund) wäre bereit, zur schleunigen Wiederherstellung des Gebäudes von seinem Landgute Baumaterialien vorzuschiessen. Oder: auf dem verwalteten Landgute des Mündels ist ein Mangel an Viehfutter, an Aussaatgetreide und dergl. eingetreten. Der Vormund wäre bereit, in natura unmittelbar zu helfen. Sein Rechtsanwalt oder das Gesetzbuch unmittelbar warnen ihn aber davor. Uebrigens würde mancher Rechtsanwalt in Erwägung:

a) dass für die Anschaffung des nöthigen Viehfutters, der Baumaterialien etc. kein Geld in der Kasse des Auftraggebers, des Mündels etc. vorhanden ist;

b) dass der Vormund in Rücksicht auf seine Familie den Verlust zu tragen nicht im Stande oder nicht gewilligt ist;

c) dass das geltende Recht den Vormund von einer sittlich zu begrüssenden Handlung abschreckt, somit unsittlich wirkt;

d) dass es schädliche wirthschaftliche Wirkung herbeiführt (im besten Falle, wenn keine schlimmeren Folgen eintreten, besteht der Schaden in der Unmöglichkeit der Ersparung der Kosten des Zwischenhandels durch die unmittelbare Naturalhilfe);

in Erwägung aller dieser Umstände würde er vielleicht dem konsultirenden den prima facie verwerflichen Rath ertheilen, die fraglichen Materialien irgend welcher Person zum Schein gegen einen angemessenen Preis zu verkaufen, dann gegen denselben Preis zurückzukaufen und dann, wohin nöthig, zu transportiren. Durch diese Umgehung des Gesetzes ist Niemand beschädigt worden, im Gegentheil. Auf diese Weise wird der Vormund die Zinsen bekommen, weil er eine „Geldaufwendung" gemacht, indem er die Materialien für den Mündel vom eigenen Geld gekauft hat. Das

Gesetz, dessen Umgehung möglich und für die Allgemeinheit nützlich ist, darf im Gesetzbuch nicht vorhanden sein.

B. Den zweiten ebenso groben civilpolitischen Fehler begeht der Entwurf dadurch, dass er dem Beauftragten etc. die Befugniss nicht gewährt, höhere Zinsen als 5 % zu fordern, wenn solche höheren Zinsen dem Verwendenden entgangen sind (absunt).

Der Mandatar, Vormund, neg. gestor wäre bereit, seine sehr vortheilhaft angelegten Kapitalien flüssig zu machen und in fremden ihm anvertrauten Interessen zu verwenden, um den Mündel, den Auftraggeber vor dem Ruin zu bewahren, die wirthschaftliche Desorganisation zu beseitigen, den Geschäftsherrn aus den Händen der Wucherer zu retten. Das weise römische Recht bestimmt für einen solchen Fall, dass der Verwendende vel gravissimas usuras bekommt, wenn solche ihm in Folge der Verwendung des Kapitals absunt. Nach dem verkehrten Princip des Entwurfes wird der Verwalter fremder Interessen von seiner heilbringenden Hilfe jedesmal abgeschreckt, wenn ihm nur seine Kapitalien mehr als 5 % bringen. Nur ein besonders freigebiger oder rechtsunkundiger Vormund wird eine Forderung, welche ihm 6 % bringt, kündigen, um die Summe zur Hilfe in fremden Interessen zu verwenden.

C. In umgekehrten Fällen, wenn die Verwendung geringere Zinsen als 5 % dem Beauftragten, dem Vormund etc. entgehen lässt, erweist sich der Grundsatz des Entwurfes gleichfalls sehr verderblich. Er demoralisirt den Verwendenden und gefährdet die Gegenpartei. Die Vormundschaft, neg. gestio, mandatum und ähnliche Vertrauensämter organisirt ein weiser Gesetzgeber nach Möglichkeit auf solche Weise, dass die Seele des Geschäftsführers frei von eigennützigen Berechnungen und Spekulationen bleibt. Das Gesetzbuch soll durch seine Bestimmungen dem Geschäftsführer einprägen: „Bei der Verwaltung des anvertrauten Vermögens ist das Wohl des Mündels, des Geschäftsherrn für dich die erste und letzte Instanz, welche deine Handlungsweise bestimmen soll. Du sollst und kannst aus dem Vertrauensamt kein Kapital für dich selbst schlagen.“ So sprach das römische Recht. Der Vormund bekam im Falle der Verwendung die usurae, quae ei absunt, also keinen Vortheil und keinen Nachtheil aus der Verwendung. Man darf die Bedeutung dieses tief begründeten Grundsatzes für die Sittlichkeit des Vormundes . . . und das Wohl des Mündels . . . nicht unterschätzen. Nur bei einer solchen Rechtsordnung kann für das Betragen des Vormundes ausschliesslich das Wohl des Mündels bestimmend sein. Der Entwurf mischt ein gefährliches Gift bei. Darnach kann die Verwendung für den eigenen Geldbeutel des Vormundes angerathen und wirthschaftlich gewinnbringend sein; z. B. er kann eine Geldsumme auf eigenen Namen gegen 3 % verschaffen und durch die Verwendung 5 % bei sicherer Anlage gewinnen. Es kann sogar vorkommen, dass eine dritte Person ihm ein mutuum gratuitum gewährt, damit er dem Mündel vorschiessen kann. Das uneigennützig sein sollende Amt wird zum Spekulationsgeschäft degradirt. Die Interessen der Person, deren Vermögen einer fremden Verwaltung anvertraut ist, leiden dadurch, dass ihr Wohl für das Betragen des Verwalters nicht ausschlaggebend ist. Nach den Umständen war es angerathen, die neue Verwendung von Kapitalien zu vermeiden oder auf andere Weise zu vollziehen. Der Verwalter hat aber die Gelegenheit benutzt, sein Geld vortheilhaft und sicher zu placiren. Es wäre naiv zu glauben, dass der Schädigung der Interessen des Mündels etc. dadurch vorgebeugt wird, dass man dem Vormund gerichtlich nachweisen kann, er hätte bei sorgfältiger Berücksichtigung der anvertrauten Interessen anders handeln sollen. Zunächst erhellt im Gericht nicht Alles, was geschieht. Der Verwender wird behaupten, dass seine Handlungsweise ihm in Interessen des Mündels angerathen erschienen sei; er rechnet darauf, dass eine culpa nicht nachgewiesen werden kann. Und wenn diese Hoffnung fehlschlägt! Ist das ein gutes Gesetzbuch, welches in der Seele des Menschen eigennützige Versuchungen erregt, um nachher die gelungene Verführung zu bestrafen? Ist es nicht tausendmal besser, die möglichen eigennützigen Triebfedern im Voraus zu ertödten?

D. Das civilpolitische Sündenregister des Entwurfes ist bei Weitem nicht zu Ende. Der gröbste und für den Volkswohlstand schädlichste Fehler, welchen wir jetzt blosszustellen haben, ist eine natürliche Konsequenz des kasuistischen Systems der Zinsenlehre des Entwurfes. Wie ist es mit denjenigen zahllosen Fällen der gerechtfertigten Aufwendungen in fremden Interessen, in Bezug auf welche keine Zinsenpflicht im Entwurfe eingeführt ist? Wir lassen bei Seite die Masse von Verhältnissen, welche keinen besonderen typischen Namen und keine besondere Bearbeitung im Gesetzbuch erlangt haben (negotia innominata). Wir stellen nur beispielsweise folgende Fragen in Bezug auf verschiedene typische Verhältnisse, Fragen, deren jede an sich einen Vorwurf gegen den Entwurf vom Standpunkt der Civilpolitik enthält:

1. Warum bekommen der Sachbesitzer, der Erbschaftsbesitzer und andere Leute, welche bei der Bewirthschaftung der Sache durch einen dinglichen Entziehungsanspruch bedroht sind, keine Zinsen von den sog. nothwendigen Verwendungen?

2. Warum werden in den im Entwurfe sehr zahlreichen Fällen des Rücktrittes vom Vertrage die impensae necessariae nicht verzinst? (§§ 298, 279, 403 etc.); Verzug des Gläubigers (§ 258)...?

3. Eine besondere Aufmerksamkeit verdient in dieser Hinsicht die Dienstmiethe. Warum bekommt z. B. der Gutsverwalter, welcher diese Thätigkeit nicht aus Freundschaft für den Gutsbesitzer, sondern gegen eine merces ausübt, keine Zinsen von seinen etwaigen Auslagen? Werden hier durch den Mangel der Zinsenpflicht andere Folgen erzeugt, als beim mandatum?

E. Bei einigen wichtigen Rechtsverhältnissen ordnet der Entwurf die Verwendungs- und die Zinsenfrage so eigenthümlich, dass wir seine Bestimmungen besonders hervorzuheben und der civilpolitischen Beurtheilung zu unterwerfen nicht unterlassen können. In Bezug auf die Miethe (und Pacht) bestimmt der § 491 (§ 514 E. I):

„Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether die auf die Sache gemachten nothwendigen Verwendungen zu ersetzen. Der Miether eines Thieres hat jedoch die Fütterungskosten zu tragen.

Die Verpflichtung des Vermiethers zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag".

Analog lautet der § 541 (553 E. I) über die Leihe.

Im § 389 (§ 464 des E. I) heisst es in Bezug auf den Kauf:

„Ist vor der Uebergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer übergegangen und hat der Verkäufer vor der Uebergabe Verwendungen auf die Sache gemacht, die nach dem Uebergange der Gefahr nothwendig geworden sind, so ist der Käufer zum Ersatze verpflichtet. Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag."

§ 1880 (E. I): „Im Falle des Vermächtnisses eines zum Nachlasse gehörenden Gegenstandes kann der Beschwerte von dem Vermächtnissnehmer den Ersatz der nothwendigen Verwendungen verlangen, welche er auf den Gegenstand seit dem Erbfalle gemacht hat. Im Uebrigen bestimmen sich die Ansprüche des Beschwerten auf Ersatz der Verwendungen, welche er seit dem Erbfalle gemacht hat, nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag.

Ist dem Vermächtnisse eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin beigefügt, so kann der Beschwerte wegen der auf den Gegenstand vor Eintritt der Bedingung oder des Termines gemachten Verwendungen von dem Vermächtnissnehmer nur insofern Ersatz fordern, als der letztere in Folge der Verwendungen bereichert wird."

Bevor wir zu der Zinsenfrage übergehen, machen wir darauf aufmerksam, dass nach dem § 1880 Abs. 2 dem unter einer Bedingung oder Frist Belasteten nicht einmal der volle Ersatz des Kapitals der imp. neccessariae garantirt ist. Noch exorbitanter ist der Satz, welcher im § 389 steckt, wonach der Verkäufer in der Regel keinen Ersatz der nothwendigen Verwendungen bekommt. Diese werden ihm nur dann ersetzt, wenn die Gefahr schon vor der Uebergabe und der Verwendung auf den Käufer übergegangen war. Nach dem § 387 geschieht der Uebergang der Gefahr vor der Uebergabe bei Grundstücken dann, wenn der Käufer als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen wird. Mögen die Verkäufer dies beachten und mit etwaigen nothwendigen Verwendungen bis zur Eintragung warten, sonst sind sie wirklich in „Gefahr". Was über diese Bestimmungen vom civilpolitischen Standpunkt zu sagen ist, ergiebt sich aus unserer Ausführung im Anhang zum I. Band der Lehre vom Einkommen (insbes. S. 318 fg.); was darüber Motive der ersten und Protokolle der zweiten Lesung sagen, mag man dort nachlesen (vgl. auch unten S. 314 fg.). — Der Abs. 2 des § 1880 zeichnet sich noch dadurch aus, dass er dem Erben die Möglichkeit gewährt, die gesetzte Frist zu der Vereitelung des Vermächtnisses durch die Ausführung von imp. utiles oder voluptuariae zu benutzen. Wenn der Vermächtnissnehmer unvermögend und die Kosten zu erschwingen nicht im Stande ist, so muss er auf das Vermächtniss verzichten. Denselben groben civilpolitischen Fehler enthält der § 435 (E. II), welcher dafür sorgt, dass der Kreditgeber, wenn er kapitalkräftig ist, seine Gegenpartei nach Willkür ausbeuten und unterdrücken kann (vgl. B. I S. 320. 321), ebenso der § 2084 (E. I), wonach: „Der Erbschaftsbesitzer ist zur Herausgabe nur gegen Vergütung aller Verwendungen verpflichtet", d. h. wonach der Luxus, welchen der Erbschaftsbesitzer treibt, den weniger reichen Erben ruinirt; desgleichen enthalten die Protokolle der zweiten Lesung (S. 2997) folgende interessante Mittheilung

über die Verwendungen bei den Kondiktionen: „Den ... Ausspruch über die Vergütung von Verwendungen hielt man für entbehrlich, da sich für die vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen das Recht des Kondiktionsbeklagten auf Ersatz derselben schon aus der Beschränkung seiner Haftung auf die Bereicherung ergebe, für die nach Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen aber der § 244 ausreiche.“ Darüber vergleiche insbes. oben B. I S. 338 fg; nach den dort gelieferten Bemerkungen brauchen wir nicht nochmals zu beweisen, dass diese Sätze civilpolitisch absurd sind. Es genügt, auf dieselben aufmerksam zu machen, damit sie bei der „dritten Lesung“ nicht übersehen werden.

Wir kommen nunmehr auf die Zinsenfrage zurück. Diese ist in den oben angeführten Gesetzen so merkwürdig geregelt, dass wir annehmen müssen, der Gesetzgeber habe selbst nicht bemerkt, was er eigentlich über die Zinsen bei den Verwendungen des Verkäufers, Miethers etc. bestimmt hat. Die imp. utiles und voluptuariae werden nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt. Nach den Regeln dieses Institutes aber werden die Geldverwendungen verzinst. Die nothwendigen Verwendungen sind dagegen nach den angeführten Gesetzen nicht zu verzinsen. Ein auffallender civilpolitischer Widerspruch! Die Annahme, dass der Gesetzgeber bewusst und absichtlich die imp. voluptuariae und utiles vor den imp. necessariae bevorzugen wollte, scheint ganz unglaublich zu sein. Zwar hat man die höchst wohlthätige volkswirthschaftliche Bedeutung der imp. necessariae und die missliche Wirkung des Ersatzes der imp. utiles und voluptuariae nicht erwogen (oben B. I S. 315 fg.). Allein man musste schon instinktiv fühlen, dass die nothwendigen Verwendungen nützlicher als die nicht nothwendigen und dass die ersteren mehr zu begünstigen sind als die letzteren.

Das Räthsel, welches in den kritisirten Gesetzen steckt, löst sich einfach, wenn wir die Motive der ersten und die Protokolle der zweiten Lesung berücksichtigen. Dort erfahren wir zunächst, dass die Kommission unter den nothwendigen Verwendungen die Kosten der Erhaltung der Sache versteht. So heisst es z. B. in den Protokollen der zweiten Lesung zum § 389: „Einverständniss herrschte unter der Mehrheit darüber, dass unter den nothwendigen Verwendungen nur die zur Erhaltung der Sache (im Text unterstrichen), nicht aber die zur Hebung der Nutzungen erforderlichen Massnahmen zu verstehen seien.“ (Prot. S. 1734).[1] Von diesem eigenthümlichen Begriff der imp. necessariae ausgehend, begründet nun der Verfasser des Entwurfes (I und II) auf folgende Weise die angeführten Vorschriften, soweit sie sich auf die imp. necessariae beziehen:

Wenn man den Ersatz der nothwendigen Verwendungen an den Käufer, Miether etc. nicht ausdrücklich im Gesetzbuche hervorgehoben hätte, so entschiede die Praxis und die Wissenschaft die Ersatzfrage nach den allgemeinen Grundsätzen, d. h. nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Dann wäre aber die Argumentation nicht ausgeschlossen, dass der Verkäufer, der Miether etc., „weil er aus dem Vertrage zur Erhaltung und Bewahrung der Sache verpflichtet sei, auch mit der Abwendung von Gefahren nur eine aus dem Kaufvertrage entspringende Verpflichtung erfülle, deshalb auch die damit verbundenen Kosten tragen müsse, ein Anspruch auf Ersatz solcher Verwendungen also nicht stattfinde“. Dieses Ergebniss wäre aber unbillig. (Vgl. Mot. B. II S. 325, 393, 448).

Der Verfasser hat also gefürchtet, dass die zukünftige Wissenschaft und Praxis durch juristische Konstruktion zum Nichtersatz der nothwendigen Verwendungen gelangen werden. Eine eigenthümliche Ansicht über die gesunde Vernunft der zukünftigen Praxis und Wissenschaft! Uebrigens betrachtet der Verfasser des Entwurfes II in der That die obige zum Ausschluss des Ersatzes der imp. necessariae führende Konstruktion als richtig. So heisst es in den Protokollen der zweiten Lesung zum § 389: „Der Verkäufer habe, um seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage genügen zu können, die verkaufte Sache auch nach Abschluss des Kaufvertrages bis zur Uebergabe vor Untergang und Verschlechterung zu bewahren und deshalb die zur Erfüllung dieser Verpflichtung

1) Wir haben schon an anderem Orte gezeigt, wie naiv und civilpolitisch fehlerhaft eine solche Unterscheidung der Verwendungen ist (Bd. I §§ 11, 21 und Anhang), desgleichen, dass das römische Recht nach ganz anderen sachgemässen Grundsätzen die Verwendungen klassificirt. Vergl. auch Dernburg B. I § 227 N. 6 und 14 (4. Aufl.). Wenn man dem Gesetzbuche den durch die Kommission vertretenen Begriff der imp. necessariae zu Grunde legt, so sollte man eigentlich solche imp. necessariae als unproduktive („zur Hebung der Nutzungen nicht erforderliche“) nicht nur nicht begünstigen, sondern geradezu nach den Grundsätzen der Abschreckungspolitik behandeln (vgl. l. 1 § 3 D. de imp.). Die Aufnahme eines civilpolitisch vernünftigen Begriffes der imp. necessariae und entsprechende sachgemässe Behandlung derselben im Gesetzbuch betrachten wir als eine besonders wichtige Aufgabe der „dritten Lesung“.

nothwendigen Verwendungen aus eigenen Mitteln zu machen. Gehe die Gefahr bereits vor der Uebergabe auf den Käufer über, so werde hierdurch an den vertragsmässigen Verpflichtungen des Verkäufers nichts geändert. Billigkeitsrücksichten sprächen jedoch dafür, den Käufer vom Zeitpunkte des Uebergangs der Gefahr" (warum nur von dieser Zeit?) „zur Erstattung der nothwendigen Verwendungen zu verpflichten; dazu bedürfe es aber einer positiven Bestimmung im Gesetze" (Prot. S. 1732. 1733).

Die Konstruktion der Verfasser der beiden Entwürfe ist sehr eigenthümlich. Wenn Jemand zur Verwaltung von Kapitalien verpflichtet ist, so bedeutet dies, sollte man meinen, dass er zu Gunsten seiner Partei eine diligentia, eine sorgfältige Thätigkeit entwickeln soll, nicht aber, dass er ohne Weiteres zu Gunsten der Gegenpartei aus seinem eigenen Vermögen Geldsummen flüssig zu machen (also eventuell sich in Schulden zu stürzen) und diese Summen sogar zu verschenken verpflichtet ist. Wenn man dem Princip des Verfassers folgte, so würde man die Pflicht des Vormundes, des Mandatars, des gemietheten Vermögensverwalters dahin auslegen, dass diese Personen die etwaigen drückenden und gefahrdrohenden Schulden des Geschäftsherrn aus eigenen Mitteln bezahlen sollen. Bei der Vormundschaft, beim Auftrag verhindern zwar dieses Ergebniss (welches den Rechtsverkehr in eine höchst gefährliche und abschreckende Fallgrube verwandeln würde) die „positiven auf Billigkeitsrücksichten beruhenden Vorschriften". In Bezug auf die Dienstmiethe (Vermögensverwalter mit Gehalt) existiren aber solche Vorschriften im Entwurfe nicht (also quid iuris?). Aehnlich könnte man behaupten, dass der Gouverneur einer Provinz, da er zu ihrer sorgfältigen Verwaltung verpflichtet ist, aus seinen eigenen Mitteln zu verwalten hat.

Das Ergötzlichste aber ist, dass der Verfasser auf Grund der obigen Argumentation, ohne dies selbst zu merken, gleichsam eine exheredatio bona fide der nothwendigen Verwendungen vollzogen hat. Man hat die nothwendigen Verwendungen gegen die Windmühlen vertheidigt, man hat sie von den aus der Luft gegriffenen Konstruktionen retten wollen und darum nicht den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag unterworfen. Dies ist aber ein Danaer-Geschenk an die imp. necessariae, denn man hat sie dadurch um die Zinsen gebracht.

In Bezug auf die imp. utiles und voluptuariae hat man auf folgende Weise argumentirt: Wenn die zukünftige Wissenschaft

und Praxis im Gesetzbuch keine Bestimmung über den Ersatz dieser Verwendungen nach den Grundsätzen der neg. gestio vorfänden, so würden sie per argumentum a contrario (in Folge der ausdrücklichen Vorschrift über den Ersatz der imp. necessariae) den Schluss ziehen, dass alle übrigen Verwendungen nicht ersetzt werden (M. B. II S. 326). Dies wäre aber ein Irrthum. „Versteht sich der Miether unbeauftragt zu anderen, als nothwendigen Verwendungen, so erscheint er dem Vermiether gegenüber unleugbar als Geschäftsführer ohne Auftrag" (M. B. II S. 394). Aehnliche Bedenken finden wir auch in den Protokollen (zum § 389 des Entw. II = § 464 des Entw. I): „Streiche man den Satz 2 (über die sonstigen Verwendungen), so liege die Gefahr nahe, dass mittels eines argumentum e contrario aus dem Satz 1 (über die nothwendigen Verwendungen) gefolgert würde, alle übrigen im Satz 1 nicht erwähnten Verwendungen sollten dem Verkäufer zur Last fallen."[1]

---

1) Uebrigens hat sich der Verfasser der zweiten Lesung zunächst für die Streichung der Vorschrift über die „sonstigen Verwendungen" beim Kauf entschlossen. Aus den Protokollen ersieht man, dass der Verfasser befürchtet hat, dass die zukünftige Wissenschaft und Praxis (enfants terribles!) doch verkehrte Konsequenzen in das Gesetz hineininterpretiren werden: „In dem Abschnitte vom Kaufe sei nur die Frage zu entscheiden, ob und wie weit der Umstand, dass die Gefahr bereits vor der Uebergabe auf den Käufer übergehe, zur Folge habe, dass der Verkäufer wegen der Erfüllung der ihm als Verkäufer an sich obliegenden Aufbewahrungspflicht Ersatzansprüche gegen den Käufer erheben könne. Die weitere Frage, ob der Käufer wegen anderer, nicht auf einer vertragsmässigen Verpflichtung beruhender Handlungen des Verkäufers demselben ersatzpflichtig sei, liege auf einem wesentlich anderen Gebiete und sei an dieser Stelle nicht zu beantworten. Auf der anderen Seite lege der Satz 2 das Missverständniss nahe, als ob der Verkäufer auch in den Fällen, in denen er lediglich in Erfüllung seiner vertragsmässigen Verpflichtungen Verwendungen vornehme, als Geschäftsführer des Käufers zu betrachten sei..." etc. In den Protokollen zum § 491 (S. 1944. 1945 über die Verwendungen des Miethers) finden wir indess folgende Ausführung: „Die Kommission war dagegen der Ansicht, dass es nicht gerathen erscheine, die Vorschrift (über die sonstigen Verwendungen) zu beseitigen, weil insbesondere durch die Hervorhebung der Haftung des Vermiethers für nothwendige Ausgaben das Missverständniss entstehen könnte, als ob der Miether wegen nützlicher Verwendungen keinen Anspruch solle erheben dürfen. Dass der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Entw. das subjektive Prinzip zu Grunde liege, mache hier keinen Unterschied, da der Vermiether mit der Behauptung, er habe die Sache wollen verkommen lassen, nicht gehört werden würde und mithin das subjektive und objektive Prinzip insoweit zusammenfalle. Der zu § 464 Satz 2 gefasste Beschluss nöthige nicht zur Annahme des Streichungsantrages; denn der Miether sei nicht wie der Verkäufer verpflichtet, die Sache zu erhalten, dies sei vielmehr Aufgabe des Vermiethers."

„Aus Gründen der Harmonie des Gesetzbuches erachtete die Kommission es nicht für angemessen, die §§ 464 und 514 verschieden zu redigiren, und sie ertheilte deshalb der Redaktionskommission die Ermächtigung, die Vorschrift des § 464 Satz 2 in dem Entw. wieder aufzunehmen."...

Solche Erwägungen werden für die Annahme oder Nichtannahme eines Gesetzes als relevant betrachtet!

Jetzt verstehen wir die Entstehungsgeschichte der kritisirten Gesetze. Sie verdanken ihr Dasein und ihre Gestalt nicht etwa den civilpolitischen Erwägungen, sondern der Furcht, dass die Praxis und Wissenschaft nicht der Aufgabe gewachsen sein möchten, die weisen Absichten des Verfassers zu ergründen. Die Weisheit dieser Absichten stand dagegen dem Verfasser ausser Zweifel. Wenn man civilpolitisch gedacht hätte, müsste man dagegen zu der Ueberzeugung kommen, dass die auf diese Weise geschaffenen Gesetze, insbesondere die Gewährung des Anspruches aus der neg. gestio wegen der nicht nothwendigen Verwendungen, zu Missbräuchen der schlimmsten Art seitens des Inhabers des zu leistenden Kapitals, zur willkürlichen Belastung, Ausbeutung oder Expropriation der Gegenpartei zu führen geeignet sind.

§ 30. E. Gewonnene und versäumte Zinsen.

Die Vorschriften des Entwurfes über die Zinsenpflicht, welche der Pflicht, das gewonnene und versäumte Zinseneinkommen zu ersetzen, entspricht, enthalten keine Unterscheidung zwischen den usurae perceptae und percipiendae.

§ 298 (E. II) bestimmt über den vertragsmässigen Rücktritt vom Vertrag:

„Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.“

Diese Bestimmung wird durch Verweisungen auf andere wichtige Rechtsverhältnisse ausgedehnt, so auf das gesetzliche Rücktrittsrecht der Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen (§ 279), auf die Wandelung beim Kaufe (§ 403), auf das Rücktrittsrecht des Gläubigers im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 236).

Alle diese Vorschriften enthalten ungerechtfertigte Liebesgaben an die Vertreter des Geldkapitals zum Schaden ihrer Gegenparteien.

1. Die erste Liebesgabe steckt im Zuschlag zu den landesüblichen Zinsen, welcher in den 5 % enthalten ist.

2. Die zweite Liebesgabe besteht darin, dass diese Zinsen immer seit dem Empfang der Geldsumme zu zahlen sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger überhaupt irgend welche Zinsen gewonnen hat oder gewinnen konnte, während er von der Gegenpartei die Sache nur mit den gewonnenen oder gewinnbar gewesenen Nutzungen zurückbekommt.

3. Das dritte Privilegium des Geldkapitals besteht darin, dass

derjenige, welcher die bei der Erhaltung in natura unproduktiven Sachen (z. B. eine Masse Getreide, Heu, Wein, Kohlen etc.) bekommt und dieselben als umlaufendes Kapital ausnutzt (z. B. zum Zweck des Handels oder der Zinsengewinnung pecunia refecta oder durch Ausleihung in natura etc.) im Falle des Rücktrittes vom Vertrage keine Zinsen leistet, während er sein Geld mit 5 % Zinsen zurückbekommt. Wer Geld leistet, der gewinnt also im Falle des Rücktrittes vom Vertrage den doppelten Kapitalzins auf Kosten der Gegenpartei, z. B. des Landwirthes, welcher Produkte seiner Landwirthschaft verkauft. Wenn wir berücksichtigen, dass das Obligationenrecht des Entwurfes in Bezug auf die Gewährung der Rücktrittsrechte ausserordentlich freigebig ist (vgl. insbes. §§ 276, 277, 278), so dass der Gläubiger jede Verlegenheit und Unpünktlichkeit des Schuldners als Anlass zum Rücktritt vom Vertrage benutzen kann, so müssen wir behaupten, dass das ganze Obligationenrecht des Entwurfes dahin geht, die Schuldner durch das Geldkapital ausbeuten zu lassen, welches, wenn es ihm vortheilhafter scheint, vom Schuldner den Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, oder, wenn die Spekulationskonjunktur dies nicht als rathsam erscheinen lässt, mit Gewinn eines hohen Kapitalzinses vom Vertrage zurücktreten kann. Hier haben wir eine bequeme Art der Spekulation ohne das Risiko des Verlustes. Diejenigen dagegen, welche nicht das Geld, sondern Produkte ihrer Arbeit auf den Markt bringen, haben meistens keinen Nutzen von dem Institute des Rücktrittsrechtes, weil der Rücktritt sich durchschnittlich mit dem Schaden und Verlust für sie vollzieht (auf das Rücktrittsrecht des Entwurfes werden wir später noch zurückkommen).

Ueber die Zinsenpflicht bei den Ansprüchen aus der ungerechtfertigten Bereicherung heisst es (§ 744 E. II):

„Zinsen hat der Empfänger erst von der Zeit an zu entrichten, zu welcher er den Nichteintritt des Erfolges oder den Wegfall des Rechtsgrundes erfahren hat; zur Herausgabe von Nutzungen ist er insoweit nicht verpflichtet, als er zu dieser Zeit nicht mehr bereichert ist.“

Auch diese Vorschrift ist von grosser Tragweite, da der Entwurf bei zahlreichen Rechtsverhältnissen auf die Regeln der Bereicherungsansprüche verweist. Auch hier stecken dieselben Fehler, welche wir im § 298 gerügt haben. Im Falle der Nichtigkeit des Vertrages z. B. kondicirt der Landwirth das verkaufte Getreide ohne die Zinsen, während die Gegenpartei ihr Geld mit hohen

Zinsen zurückbekommt. Im Allgemeinen bringt der ungerechtfertigte Empfang dem Empfänger einer Quantität anderer Dinge als Geld unter Umständen einen bedeutenden „ungerechtfertigten“ Vortheil; darum muss die Beschränkung der Zinsenpflicht auf die Geldsummen oft als Triebfeder zur Herbeiführung und Verlängerung des ungerechtfertigten Zustandes, z. B. zum Empfang eines indebitum und Verzögerung der Rückgabe oder dgl., wirken. Der § 744 enthält aber noch einen besonderen und ihm eigenthümlichen civilpolitischen Fehler; dieser besteht darin, dass der Empfänger erst seit der Zeit zinsenpflichtig wird, „zu welcher er den Nichteintritt des Erfolges oder den Wegfall des Rechtsgrundes erfahren hat.“ Darnach wird der Empfänger auf den Zinsengewinn spekuliren, wenn er hofft, dass das positive Wissen ihm nicht nachgewiesen werden wird. Desgleichen kann z. B. der Bräutigam, welcher eine Summe Geld als Mitgift im Voraus empfängt, nach Belieben die Zinsen lukriren. Wenn er das Zustandekommen der Ehe lange Zeit verzögert und nachher durch seine Schuld endgültig vereitelt, so behält er als Preis für dieses Betragen das ganze Einkommen der Zwischenzeit etc. etc. Sehr interessant vom geschichtlichen und psychologischen Standpunkt ist die Thatsache, dass der § 744 bei denselben Voraussetzungen, bei welchen er die Zinsenpflicht verneint, die Herausgabe der Nutzungen nach Massgabe der Bereicherung vorschreibt. Das römische Recht hat die Zinsen und die anderen Früchte bei den Kondiktionen verschieden behandelt; obgleich wir für diese verschiedene Behandlung keinen civilpolitischen Grund einsehen können, so müssen wir doch im Zukunftsrecht irgend welche analoge Unterscheidung einführen. Vom civilpolitischen Standpunkt besteht der im Entwurfe angenommene Gegensatz in der Behandlung der Zinsen und der Nutzungen darin, dass dem Empfänger, welcher an dem Bestehen des Rechtsgrundes oder dem Eintritt des Erfolges zweifelt oder den Nichteintritt mit Sicherheit erwartet, in Bezug auf die Nutzungen gerathen wird, dieselben zu verprassen, um den Lebensgenuss anstatt der herauszugebenden Bereicherung zu haben, während in Bezug auf die Zinsen dies unnöthig ist. Vom volkswirthschaftlichen Standpunkt ist die Regel über die Zinsen das geringere Uebel.

§ 247 (E. II) lautet:

„Eine Geldschuld ist vom Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn der Schuldner nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu

verzinsen. Die Vorschriften des § 244 Abs. 1 und des § 245 Satz 1“ (über die Verzugszinsen vgl. oben § 28) „finden entsprechende Anwendung.“

Da diese Vorschrift eine Neuerung gegenüber der ersten Lesung bringt, so finden wir dazu in den Protokollen der zweiten Lesung (S. 647 fg.) eine besondere Begründung:

„Die Ablehnung der Prozesszinsen sei zwar vom Standpunkt der im Entwurfe angenommenen Verzugstheorie folgerichtig. Die Rücksicht auf die Folgerichtigkeit müsse jedoch gegenüber den Anforderungen der Billigkeit und Zweckmässigkeit, welchen das geltende Recht Rechnung getragen habe, zurücktreten. Der Schuldner müsse, auch wenn er im redlichen Glauben, zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein, sich auf den Prozess einlasse, billiger Weise dem Gläubiger für die Nutzung Ersatz leisten, die er ihm während der Dauer des Prozesses vorenthalte, er handle, wenn er es auf die richterliche Entscheidung ankommen lasse, auf seine Gefahr. Die Verpflichtung zur Zahlung von Prozesszinsen rechtfertige sich durch die nämliche Erwägung, welche dem § 244 des Entwurfes zu Grunde liege. Die Natur der Geldschuld biete die Möglichkeit, die dem Gläubiger entzogene Nutzung gesetzlich zu tarifiren. Zweckmässigkeitsgründe sprächen dafür, den gesetzlichen Zinssatz (§ 217) auch für die Prozesszinsen für massgebend zu erklären. Die Anerkennung des Anspruches auf Prozesszinsen biete den grossen Vortheil, dass sie, soweit es sich nur um die Zahlung von Zinsen handle, den Streit darüber, ob der Schuldner die Verzögerung der Leistung zu vertreten habe oder nicht, abschneide.“

In dieser Argumentation findet man keinen genügenden Grund für die zu rechtfertigende Vorschrift, wohl aber ein Zeugniss dafür, dass man über die Aufgaben der Prozesspolitik nicht nachgedacht hat. Wenn der Schuldner nicht im Verzug ist, d. h. gute Gründe hat, die Richtigkeit der Ansprüche des Gläubigers durch das Gericht revidiren zu lassen (z. B. weil sie unbegründet, chikanös oder nur in Bezug auf die Höhe übertrieben sind oder als solche dem Schuldner ohne seine culpa erscheinen), so ist die Aufgabe der sachgemässen Prozesspolitik, den Schuldner von der Vertheidigung nicht abzuschrecken. Sonst erzeugt man die hässliche pathologische Erscheinung, dass die Schuldner unter dem psychischen Druck der drohenden Nachtheile freiwillig die unredlichen Rechnungen bezahlen, um die sich aus der verkehrten Prozesspolitik ergebenden Verluste in Folge des Prozesses zu ver-

meiden. Dies erzeugt für die unredlichen Gläubiger Motive, unredliche und ausbeuterische Rechnungen zu präsentiren, wenn sie hoffen, dass sie vom Schuldner das „propter metum periculi ius suum temere derelinquere“ erreichen werden. Die Bemerkung der Protokolle, dass der „gutgläubige“ Schuldner, „wenn er es auf die richterliche Entscheidung ankommen lasse, auf seine Gefahr“ billiger Weise handle, bezeugt nur, dass die Billigkeitsinstinkte des Verfassers zum Vortheil des Geldkapitals auszufallen und zu civilpolitisch verkehrten Ergebnissen zu führen Tendenz haben.

Man führt noch einen Zweckmässigkeitsgrund ins Feld. Der praktische Vortheil aus der Erstreckung der strengen Regeln über die Verzugszinsen auf den Beklagten, welcher sich nicht im Verzug befindet, soll darin bestehen, dass dann die gerichtliche Erörterung darüber, ob ein Verzug vorliegt oder nicht, überflüssig wird. Dieser Erwägung schreiben wir ungefähr denselben Werth zu, wie der folgenden: „Alle von der Polizei als Diebe denuncirten Personen sollen ohne Weiteres als Diebe verurtheilt werden. Der Vortheil von diesem Gesetze besteht darin, dass man nunmehr nicht mehr lange zu verhandeln hat, ob der Betreffende wirklich gestohlen hat oder nicht.“

Das bekämpfte Gesetz bezeugt den Mangel an Verständniss für die Aufgaben der civilrechtlichen Prozesspolitik noch in einer anderen Richtung. Dasselbe enthält Privilegien für die Geldgläubiger. Den anderen Klägern ist dagegen der Zinsenersatzanspruch gänzlich versagt. Wenn z. B. den Gegenstand des eingeklagten Erbrechtes, Niessbrauches, Kaufforderung etc. eine Masse Getreide, Steinkohlen und dergl. bildet und die Beklagten das Getreide etc. während des Prozesses, welchen sie nach allen Regeln der Kunst zu verschleppen suchen, als umlaufendes Kapital ausbeuten und nachher andere Fungibilien derselben Art leisten, so haben sie keine Zinsen zu bezahlen, d. h. das Gesetz sorgt dafür, dass sie Triebfedern für das möglichst lange Prozessiren haben (Prämie: Betriebskapital umsonst).

Das Gesetz ist jedenfalls zu verwerfen und durch folgende Grundsätze (nach der sachgemässen Regelung der Verzugszinsen) zu ersetzen: Wenn der Beklagte gute Gründe hat, den Prozess zu führen, so soll er von jedem metus periculi frei sein, damit er unbefangen und furchtlos sein Recht (resp. die theilweise oder gänzliche Freiheit von der Schuld) vertheidigen kann. Andererseits aber sollen ihm keine Vortheile aus der Verzögerung der Erfüllung

erwachsen und zwar aus dem Grunde, weil er sonst Motive hätte, die Erfüllung aus Spekulationszwecken hinauszuschieben. Endlich, da der Beklagte erwartet, dass er das gewonnene Einkommen möglicherweise wird herausgeben müssen, so muss ihm auch die Verantwortlichkeit für die verschuldete Mindereinnahme angedroht werden. Kurz: der Beklagte, welcher sich nicht im Verzug befindet, leistet das gewonnene, fingirte und versäumte Zinseneinkommen (usuras quas percepit aut percipere potuit). Im Falle des in usu suo retinere oder in usus convertere leistet er also landesübliche Zinsen, also z. B. $3^1/_2$ %, nicht aber 5 %. Wenn er den Schuldgegenstand mit seiner Wirthschaft nicht vermengt, sondern besonders verwaltet, z. B. das Geld in einer Sparkasse für die Prozesszeit verzinslich anlegt, so zahlt er $2^1/_2$ %, welche er von der Sparkasse bekommt, nicht aber 5 % etc. Wenn er das Geld als depositum in Händen hat oder aus anderen Gründen nicht anzutasten verpflichtet ist, so bezahlt er keine Zinsen, wenn er non attingit, nicht aber 5 % etc. etc.

§ 1697 (E. I):

„Verzögert der Vormund die ihm nach den Vorschriften des § 1664 obliegende Anlegung von Geldern des Mündels, so ist er verpflichtet, den anzulegenden Betrag von dem Zeitpunkte der Verzögerung an zu verzinsen.“ [1]

a) Warum ist die Zinsenpflicht nicht auch für denjenigen Fall eingeführt, wenn der Vormund zwar keine Gelder in Händen hat, wohl aber Gegenstände, welche er aus Nachlässigkeit zu versilbern versäumt und dadurch indirekt die Geldanlage vereitelt? Aus der Zusammenstellung des § 1697 mit dem § 1664 (E. I) und § 210 (E. II = § 217 E. I) ergiebt sich, dass der Vormund keine Zinsen zu zahlen hat, wenn er die nach den Regeln der ordentlichen Wirthschaft zu versilbernden Sachen aus Nachlässigkeit in specie erhält und restituirt.

b) Hat der Verfasser berücksichtigt, dass nach dem § 1664 der Vormund geringere Zinsen als 5 % für den Mündel zu gewinnen hat? Besonders auffallend erscheint der Widerspruch, wenn man den Punkt 5 des § 1664 berücksichtigt. Im Falle, wenn die Anlage in einer Sparkasse zu $2^1/_2$ % versäumt ist, bezahlt der Vormund das Doppelte von dem, was er zu gewinnen versäumt hat (poena dupli).

---

1) Ebenso die zweite Lesung nach der „Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung.“

So viel gegen die einzelnen „positiven Vorschriften“ des Entwurfes über die „gesetzliche Zinsenpflicht“. Aber auch dann, wenn die überblickten kasuistischen Regeln sachgemäss wären, so müssten wir die Regelung der Frage über das gewonnene und versäumte Zinseneinkommen im Entwurfe im Ganzen verwerfen. Wie ist es denn in denjenigen Fällen, welche der Gesetzgeber zu regeln vergessen hat oder in welchen er absichtlich der Regelung der Zinsenfrage aus dem Wege gegangen ist? Wo kein einschlägiges positives Gesetz und kein die Zinsen anordnender Parteiwille vorliegt, dort sollte man eigentlich entscheiden, dass jede Prästation der Zinsen ausgeschlossen ist. Indessen scheint der Gesetzgeber sich dieses Grundsatzes nicht überall zu erinnern.

Zwei Beispiele:

a) Dienstvertrag. Wenn A. auf Grund eines Dienstvertrages das Vermögen des B. verwaltet und die verzinsliche Anlage von Geldsummen versäumt, tritt dann die Zinsenprästation ein? Nach den Grundsätzen des Entwurfes müsste man entscheiden, dass die Zinsenpflicht mangels gesetzlicher Vorschrift nicht eintritt. Es ist aber klar, dass die Praxis hier diese Grundsätze nicht befolgen wird. Ob sie wider die Absichten des Gesetzgebers zur analogen Anwendung der Gesetze über die 5 % greifen wird (was in Folge der civilpolitischen Verkehrtheit dieser Gesetze zu bedauern wäre), oder die Zinsenpflicht aus allgemeinen Rechtsprincipien deduciren wird (der Verwalter ist zur sorgfältigen Verwaltung verpflichtet; insbesondere ersetzt er die verschuldete Mindereinnahme; wenn er die verzinsliche Anlage versäumt, so soll er die gewinnbar gewesenen Zinsen, also z. B. 3½ % ersetzen), das wissen wir nicht. Mag die Praxis so oder anders entscheiden, ihre Entscheidung wird immer ein stillschweigendes Tadelsvotum für das Gesetzbuch enthalten.

b) Erbschaftsanspruch. In den einschlägigen §§ wird die Zinsenpflicht des Erbschaftsbesitzers gar nicht erwähnt. Wir versuchen dem Grundprincip (oder genauer der Grundprinciplosigkeit) des Entwurfes über die Zinsenpflicht zu folgen und entscheiden, dass der Erbschaftsbesitzer keine Zinsen zu prästiren hat. Dieser Schluss findet noch eine besondere Bestätigung im § 2085, welcher in Bezug auf den Inhalt des Anspruches des Erben gegen den malae fidei possessor der Erbschaft auf die Regeln des Eigenthumsanspruchs verweist. Für das Verhältniss zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer seiner Sache ist aber im Entwurfe keine

Zinsenpflicht vorgesehen. Eine solche würde auch gegen den Grundsatz des Entwurfes verstossen, wonach die Zinsenpflicht nur bei Geldschulden möglich ist. Unser Schluss über die Zinsenfreiheit des Erbschaftsbesitzers scheint also ganz sicher und zweifellos zu sein. Indessen erfahren wir aus den Motiven, dass der Gesetzgeber eigentlich die Zinsenprästation beim Erbschaftsanspruch nicht positiv ausschliessen wollte, sondern sich nur der Regelung der Frage absichtlich enthalten hat, weil er nicht wusste, was eigentlich die Zinsen seien, ob sie zu dem zu erstattenden lucrum ex re oder vielmehr zum lucrum ex negotiatione gehören. So heisst es in den Motiven (Band V S. 589):

„Für eine Beschränkung des Rechtes des Erbschaftsbesitzers auf Vergütung von Verwendungen dahin, dass das Recht ihm nur insoweit zustehe, als er nicht durch die ihm aus der Erbschaft verbleibenden Vortheile bereichert sei, lässt sich geltend machen, der Erbschaftsbesitzer vermöge durch eine Verfügung über verbrauchbare Sachen sich andere Vortheile als Nutzungen (zu deren Herausgabe er also nicht verpflichtet sei) zu verschaffen. Allein eine solche Beschränkung wäre schon deshalb nicht rathsam, weil sie die Auslegung des § 740 Abs. 1, mindestens durch Gewährung eines argumentum e contrario, beeinflussen würde. Hat der Erbschaftsbesitzer z. B. zu der Erbschaft gehörendes Geld verzinslich angelegt, so hat er dasselbe nicht mehr. Daher findet der § 2083 Anwendung; nach diesem sollen aber die Vorschriften der §§ 739, 740 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung gelangen. Nach dem § 740 Abs. 1 erstreckt sich die Verpflichtung des Empfängers auch auf dasjenige, was er aus dem Geleisteten, hier dem „Erbschaftsgelde“, erworben hat. Ob auch der indirekte und rechtsgeschäftliche Erwerb herauszugeben ist, ist im § 740 nicht ausdrücklich entschieden, vielmehr der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 838, 839).“ [Dort heisst es: ... „Zweifel entstehen können, inwiefern der nur indirekte oder rechtsgeschäftliche Erwerb zu dem Erwerb aus dem Empfangenen gehört. Es kann aber darauf vertraut werden, dass Praxis und Wissenschaft in der richtigen Abgrenzung nicht fehlgehen werden“.] „Dieser Entscheidung würde durch Aufnahme einer derartigen Beschränkung des Rechtes auf Vergütung von Verwendungen vorgegriffen, da dieselbe dahin zu verstehen sein würde, der Erbschaftsbesitzer habe die gezogenen Zinsen nicht herauszugeben. Dahin gestellt bleiben kann, ob es

nicht sogar gerechtfertigt ist, dass der Erbe die Zinsen erhält, da er die Gefahr des von dem Erbschaftsbesitzer angelegten Geldes trägt, weil der letztere, wenn das Kapital verloren geht, wegen Wegfalles der Bereicherung nichts mehr zu leisten hat.“

Diese ganze Ausführung bildet eine fortgesetzte Bankerottserklärung. Nur ein einziger Satz wird mit Sicherheit und voller Ueberzeugung aufgestellt: „Hat der Erbschaftsbesitzer zu der Erbschaft gehörendes Geld verzinslich angelegt, so hat er dasselbe nicht mehr.“ Nur diese einzige, freilich zweifellose und unbestrittene, Wahrheit behauptet der Verfasser auf eigene Gefahr. Das Uebrige wird der Wissenschaft zur Diskussion überlassen (ein gutes Thema für Kontroversen und Doktordissertationen!). Nur als eine unmassgebende Andeutung für die zukünftige Entscheidung wird der Satz hingestellt, wonach die Zinsen demjenigen gebühren, wer die Gefahr der Ausleihung trägt. Dabei scheint der Verfasser an die l. 62 D. de R. V. zu denken. Wir erinnern nochmals daran, dass diese Stelle den obigen verkehrten Satz keinesfalls bestätigt: dann würde der m. f. possessor die gewonnenen Zinsen lucriren, der b. f. possessor herausgeben. Wenn der Verfasser keinen Muth hat, die gewonnenen Zinsen als ordentliches lucrum ex re zu behandeln, so ist es nur zu erklärlich, warum er beim Erbschaftsanspruch keinen Ersatz der Zinsen als versäumten und fingirten Einkommens vorgeschrieben hat. Was wird die Wissenschaft und die Praxis hier entscheiden? Wir hoffen, dass es zu der Kontroverse gar nicht kommen wird, dass die Redaktionskommission vielmehr im Gesetzbuch hier und bei anderen Instituten sachgemässe Regeln einzuführen nicht versäumen wird.

§ 31. F. Rückblick auf das Zinsenrecht des Entwurfes.

Die Annahme, dass das Zinsenrecht des Entwurfes doch zum geltenden Recht erhoben werden wird, wäre zu pessimistisch. Eine solche Menge von civilpolitischen Fehlern der gröbsten Art! Keine einzige Bestimmung, welche nicht nach verschiedenen Richtungen verkehrt wäre, den wirthschaftlichen Schaden, die Demoralisation oder die Ausbeutung nicht begünstigte! Es ist nicht ohne Interesse, einen Blick auf die allgemeinen Ursachen dieser Thatsache als eines geschichtlichen Phänomens zu werfen. Diese sind verschiedener Art. Zunächst ist der Mangel an der civilpolitischen Denkweise bei der Abfassung der Gesetze daran schuld. Dann tragen die

dem Alterthum eigenen social-wirthschaftlichen Zustände des alten römischen Reiches, nämlich der damalige Zustand der Kreditverhältnisse viel Schuld daran, dass das Zinsenrecht des Entwurfes im Ganzen eine Missgeburt ist. Diese Behauptung scheint paradox, ja geradezu komisch zu sein. Welcher Zusammenhang kann zwischen dem am Ende des 19. Jahrhunderts geschaffenen Gesetzbuch und den Kreditzuständen des Alterthums bestehen! Indessen ist der Zusammenhang dennoch zweifellos: er ergiebt sich mit voller Klarheit aus der ganzen obigen Darstellung der Zinsenlehre des römischen Rechtes, der gemeinrechtlichen Doktrin und des Entwurfes. Wir haben gesehen, dass die röm. Juristen die Zinsen nicht immer als ordentliches Einkommen vom Kapital (fructus) behandelten, sondern vielmehr für die Zinsen viele besonderen Regeln geschaffen, insbesondere den Zinsenprästationen ein engeres Anwendungsgebiet als den Fruchtprästationen im Allgemeinen zugewiesen haben. Man hatte weder sichere öffentliche Kreditinstitute noch einen sicheren Privatkredit: fenerandi usus vix diuturnus, vix continuus et stabilis est: quo facto saepe intercidente pecunia ad nihilum patrimonia deducuntur. Darum die Zwitternatur der Zinsen, das Schwanken derselben zwischen dem „lucrum ex re“ und dem „lucrum propter negotiationem“, darum solche widersprechende Aeusserungen der röm. Juristen wie: Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari — und — Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est. Die nachrömische Jurisprudenz hat den Versuch, das Räthsel auf geschichtlichem Wege zu lösen, unterlassen. Man hat nicht genauer untersucht, in welchen Beziehungen und warum das Zinsenrecht des römischen Rechtes mit dem Fruchtrecht nicht zusammenfällt. Darum musste die Wissenschaft nothwendig zu der Bankerotterklärung gelangen: die Regeln über die Zinsen sind positiver Natur; die Zinsenpflicht lässt sich nicht nach allgemeinen Rechtsprincipien behandeln; es handelt sich vielmehr darum, die einzelnen positiven Bestimmungen zu notiren und aufzuzählen. Gewiss keine angenehme und lohnende Beschäftigung für einen Gelehrten! Keine hübsche Konstruktion, keine harmonische Theorie möglich! Darum eine grosse Vernachlässigung dieses Gebietes unserer Wissenschaft. Der traditionelle Katalog der gesetzlichen Zinsen blieb sehr lückenhaft. Man hat auch nicht näher untersucht, was die wenig zahlreichen nach der Tradition citirten leges bestimmen. Auf Grund von einigen allgemeinen und unbestimmten Quellenaussprüchen hat man entschie-

den, dass die „gesetzlichen Zinsen“ den landesüblichen entsprechen, wenn das betreffende positive Gesetz keine andere Höhe (12 %, 6 % etc.) vorschreibt. Der geniale Begründer der geschichtlichen Schule hat die Zinsenlehre einer theilweisen Revision unterworfen und (sonderbares Missgeschick für die Zinsenlehre!) gerade den höchst ungeschichtlichen Standpunkt durch seine gewichtige Autorität befestigt, indem er die römische Zinsenlehre mit dem Massstab der modernen Kreditverhältnisse gemessen hat. Die Motive des Entwurfes zu den Bestimmungen über die Zinsen verweisen überall auf das Lehrbuch von Windscheid und zwar mit Recht, denn die engste Verwandtschaft desjenigen, was für die Zukunft als Zinsenrecht vorgeschlagen ist, mit demjenigen, was Windscheid als das römische Recht in dieser Materie lehrt, ist unverkennbar. Dies ist der Zusammenhang zwischen den römischen Kreditverhältnissen und der Zinsenlehre des Entwurfes. Ein Anachronismus im Ganzen und im Einzelnen! Der Entwurf enthält zwar eine wichtige Aenderung des (vermeintlichen) römischen Rechtes. Diese Aenderung besteht darin, dass man die gesetzlichen Zinsen auf 5 % gleichmässig normirt hat, anstatt auf die landesüblichen Zinsen zu verweisen. Sonderbarerweise ist aber auch dieses Gesetz ein Anachronismus, welcher durch die Kreditzustände der Vergangenheit zu erklären ist (Reichsdeputationsabschied des Jahres 1600) und auf die modernen Verhältnisse nicht mehr passt.

Durch welche Grundsätze die Zinsenlehre des Entwurfes zu ersetzen ist, ergiebt sich aus der Thatsache, dass man jetzt die Zinsen noch besser und bequemer als die anderen Einkünfte vom Kapital, ohne erhebliche Gefahr für das letztere, sicher und regelmässig gewinnen kann. Der Zweifel des Verfassers des Entwurfes, ob die Zinsen als lucrum ex re oder als lucrum propter negotiationem zu behandeln sind, hat natürlich jeden Boden verloren. Die Zinsen sind lucrum ex re und zwar ordentliche fructus. Dies soll zur Grundlage des zukünftigen Gesetzbuches gemacht werden. Die Begriffsbestimmung der Früchte, welche traditionell sich auch auf die Zinsen erstreckt, soll keine irreführende und dem praktischen Rechte widersprechende Phrase sein, wie im Entwurfe, sondern vielmehr wirklich den Rechtsgrundsätzen über die Zinsen entsprechen. Nach denselben Grundsätzen, nach welchen zu bestimmen ist, ob und wie die Früchte geschätzt und ersetzt werden sollen, sind auch die Zinsen zu behandeln. Kein kasuistischer Katalog der Fälle der Zinsenpflicht, keine willkürliche Bestimmung

des Zinsfusses! Man darf nicht meinen, dass es kein wichtiger Unterschied ist, ob der Schuldner $3^1/_2$ %, 4 % oder 5 % zu zahlen hat. Für die reichen Leute hat die Bezahlung von 1 % mehr relativ keine so grosse Bedeutung. Für die weniger vermögenden Leute oder für diejenigen, welche sich zeitweise in bedrängten Vermögensverhältnissen befinden, wie gewöhnlich die Schuldner in Verzug, kann 1 % mehr verhängnissvoll werden. Ein humaner und die Aufgaben der modernen Civilpolitik beachtender Gesetzgeber wird im Gebiete der Geldschulden und des Zinsenrechtes besonders rücksichtsvoll und vorsichtig vorgehen. Keine Willkür liegt in der gesetzlichen Bestimmung des landesüblichen Zinsfusses, wenn man nur diesen gesetzlich bestimmten landesüblichen Zinsfuss nicht zum Massstab der Zinsenberechnung auch in denjenigen Fällen macht, wo nach den konkreten Umständen andere Zinsen, als die landesüblichen, als das gewonnene oder gewinnbar gewesene Einkommen, in Betracht kommen sollten. Wenn wir also z. B. annehmen, dass die landesüblichen Zinsen gesetzlich als = $3^1/_2$ % festgestellt sind, so kann man in Bezug auf die Verzugszinsen bestimmen, dass sie $3^1/_2$ % betragen, wenn aus den Umständen des Falles nicht ersichtlich ist, dass dem Gläubiger keine oder geringere oder höhere Zinsen entgangen sind. Aehnlich kann man die Berechnung der versäumten und der geopferten Zinsen regeln. Oder man kann bestimmen: der Gläubiger kann ohne besonderen Beweis $3^1/_2$ % fordern, wobei dem Schuldner der Beweis unbenommen bleibt, dass dem Gläubiger geringere Zinsen durch den Verzug oder verschuldete Verzögerung der verzinslichen Anlage etc. entgangen sind; dem Gläubiger bleibt der Beweis unbenommen, dass er höhere Zinsen verloren hat.

Die Höhe des landesüblichen Zinsfusses ist nicht nach dem Ende des 16. oder Anfang des 17. Jahrhunderts, sondern nach den Verhältnissen des modernen Kreditmarktes zu bestimmen. Diese Bestimmung soll nicht durch irgend welche aus der Luft gegriffenen Raisonnements und Hypothesen, sondern durch eine systematische und sorgfältige statistische Erhebung geschehen. Dabei ist zu beachten: versäumtes Zinseneinkommen, Verzugszinsen etc. sind nicht als Brutto-, sondern als Netto-Einkommen einzuschätzen. Wenn der Gläubiger zeigt, dass er die Schuldsumme zu 5 % bei rechtzeitiger Leistung angelegt hätte und darum die Erstattung der 5 % Zinsen fordert, so ist dies eine pluspetitio. Wer 5 % von seinem Schuldner bekommt, der gewinnt weniger

Einkommen als 5 %. Die etwaigen Steuern, Gebühren etc. sind noch abzuziehen. Was in einem konkreten Fall richtig ist, das ist auch bei der allgemeinen Bestimmung der landesüblichen Zinsen zu beachten. Nicht der landesübliche Bruttogewinn, sondern der landesübliche Nettogewinn ist zu ermitteln. Wenn dies bisher nicht beachtet wurde, so erklärt es sich zum Theil daraus, dass man den Grundsatz, wonach nur das Reineinkommen Gegenstand des Ersatzes ist, ignorirte, zum Theil daraus, dass man instinktiv (bona fide) nur für die Gläubiger sorgte: ob ein Gesetz nicht eine grundlose Besteuerung der Schuldner zu Gunsten der Gläubiger bildet, darüber hat man sich am wenigsten gekümmert.

Der landesübliche Zinsfuss wechselt mit der Zeit und zwar wird er nach wenigen Decennien wahrscheinlich niedriger sein als gegenwärtig. Allein die Zukunft wird wissen, wie sie für sich zu sorgen hat. Ausserdem enthalten die oben vorgeschlagenen Grundsätze ein wichtiges und nicht zu unterschätzendes Sicherheitsventil: dem Schuldner und dem Gläubiger bleibt der Beweis unbenommen, dass im konkreten Falle andere Zinsen als $3\frac{1}{2}$% versäumt, geopfert ... sind (oben S. 329). Wenn also die zukünftige Gesetzgebung wider Erwarten ihre Pflichten vernachlässigen sollte, so liegt für diesen Fall in den von uns empfohlenen Grundsätzen ein natürliches Korrektiv, welches den Schaden bedeutend zu mildern vermag.

III. Theil.

Arbeitseinkommen. Honorar. Unternehmergewinn.

Arbeitseinkommen.

§ 32. A. Gewonnenes, fingirtes, versäumtes und entzogenes Arbeitseinkommen.

Ueber den Ersatz des Arbeitseinkommens (quaestus) finden wir in den Quellen ein viel spärlicheres Material, als über den Ersatz des Einkommens vom Kapital. Dies ist in Anbetracht des Wesens des quaestus und des Institutes der Sklaverei sehr erklärlich. Der grosse Theil des Volkseinkommens, welcher jetzt den freien Arbeitern zufällt, gehörte in Rom den Sklavenbesitzern als Einkommen vom Kapital (fructus servi).

Für die Fälle, wo die Restitution des Arbeitseinkommens in Betracht kam, ist anzunehmen, dass der quaestus nach analogen Grundsätzen geschätzt wurde wie fructus. Im Einzelnen:

A. Gewonnenes Einkommen. Das gewonnene Arbeitseinkommen kann aus verschiedenen Gründen restituirt werden. Bei der societas quaestus muss das von einem Genossen Erarbeitete zu entsprechenden Theilen den anderen socii geleistet werden, wie dies aus den allgemeinen Grundsätzen der Gesellschaft folgt:

Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset... (l. 71 D. pro socio 17, 2).

Die Pflicht, das Erarbeitete, Errungene in die gemeinsame Masse einzuwerfen, spielt eine wichtige Rolle im deutschen Ehegüterrecht (vgl. oben Bd. I S. 74 fg.).

Dass zu der Errungenschaft nach deutschem Recht, zum Quaestus nach römischem Recht übereinstimmend (ebenso wie zu den fructus) nur die periodischen (periodicitätsfähigen) Einnahmen gehören, haben wir schon a. a. O. (S. 62 fg.) näher gezeigt.

Ebenso wie bei den Früchten kann der Anspruch nur auf dasjenige geltend gemacht werden, was auf redliche und anständige Weise gewonnen wird. Turpis quaestus, z. B. das Einkommen aus der Prostitution, aus Diebstählen etc. kann den Gegenstand des Anspruches nicht bilden.

Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est (l. 53 D. pro socio 17, 2).

... non cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit (l. 52 § 17 eod.).

Analog ist in Bezug auf die Ehegatten nach deutschem Recht zu entscheiden, dass der Ehemann keinen Antheil am Einkommen seiner Frau und (umgekehrt) verlangen kann, wenn dieses Einkommen auf unsaubere Weise, z. B. durch die Prostitution, gewonnen wird.

Die civilpolitische ratio des anscheinend eigenthümlichen Rechtsgrundsatzes, wonach der Erstattungspflichtige die fructus oder quaestus honesti anderen prästirt, von den verwerflichen Gewinnen dagegen allein Nutzen zieht, haben wir schon kennen gelernt.

Wenn die Gegenstände des turpis quaestus thatsächlich den Genossen geleistet worden sind, so ist die Rückforderung ausgeschlossen (l. 53 D. eod.: plane si in medium collata sint, commune erit lucrum). Auch diese Regel ist vom Standpunkt der Sittlichkeitspolitik, welche der Ansteckung des Publikums und der socii durch unsittliche Vorgänge und Ansprüche vorzubeugen sucht, zu billigen. Analog wird der Fruchtschuldner, welcher das auf eine verwerfliche Weise gewonnene Einkommen erstattet hat, keinen Rückforderungsanspruch geltend machen dürfen, obwohl ein indebitum geleistet worden ist.[1]

---

1) Eine Ausnahme gilt in dem Falle, wenn der Genosse wegen seines Deliktsgewinnes zur Erstattung des Gewonnenen an den dritten Beschädigten verurtheilt ist.

Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit (l. 54 eod.).

In diesem Falle müssen die Genossen, welche den Theil des verbrecherischen Gewinnes wissentlich angenommen haben, auch den entsprechenden Theil der dem Delinquenten auferlegten Vermögensstrafe auf sich nehmen:

Si igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficium admisit, id quod contulit aut solum aut cum poena auferet: solum auferet, si mihi proponas insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse; quod si sciente, etiam poenam socium agnoscere oportet: aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum (l. 55 D. eod.).

Nec quicquam interest, utrum manente societate praestiterit ob furtum

Das ex operis, ex artificio perceptum muss ferner dann herausgegeben werden, wenn Jemand ohne Grund das fremde Arbeitseinkommen gewonnen hat. So musste der malae fidei possessor einer persona libera nach dem römischen Recht das ohne Grund sich angeeignete Arbeitseinkommen des freien Menschen diesem zurückerstatten. Dasselbe geschah im Falle einer nichtigen adrogatio (arg. l. 44 pr. D. de usurp. 41, 3). Desgleichen musste der Erbe, welcher einen erbschaftlichen Sklaven freizulassen verpflichtet war, und die Erfüllung dieser Verpflichtung verzögerte, das inzwischen gewonnene Arbeitseinkommen dem Freigelassenen restituiren:

si mora fiat praestandae libertati, etiam fideicommisso moram videri factam et usurarum onus accedere: nam et cetera quae medio tempore adquisiit domino, dum moratur praestare libertatem, eidem restitui oportere rectissime responsum est (l. 84 D. de leg. 31). —

Der Arbeitsvertrag (locatio-conductio operarum) und der daraus entstehende Anspruch auf den Arbeitslohn gehört nicht in die Lehre von der Erstattung des Einkommens, sondern in diejenige vom Erwerb des Arbeitseinkommens. Aber auch hier kann eine besondere Art der Erstattung des Arbeitseinkommens vorkommen. Wenn nämlich die operae des Arbeiters ohne dessen Schuld nicht angenommen werden, so muss die merces doch bezahlt werden: davon wird aber derjenige quaestus abgezogen, welchen der Arbeiter inzwischen durch Benutzung der entstandenen freien Zeit gewonnen hat (Erstattung des gewonnenen Arbeitseinkommens durch Aufrechnung).

---

an dissoluta ea. idemque est in omnibus turpibus actionibus, veluti iniuriarum, vi bonorum raptorum, servi corrupti et similibus, et in omnibus poenis pecuniariis quae ex publicis iudiciis accidunt (l. 56 eod.).

Ob dieser Grundsatz politisch sachgemäss ist, möchten wir bezweifeln. Je grösser die Anzahl der Genossen ist, desto geringer wird das Risiko des verbrecherischen Gewerbes. Man kann unter Umständen erwägen, wie gross nach ungefährer Schätzung die Chancen des Gewinnes und die Wahrscheinlichkeit, dass ein Genosse erwischt wird, sind, und auf Grund einer solchen Schätzung zur Ueberzeugung kommen, dass bei einer grösseren Anzahl der Genossen die beabsichtigten verbrecherischen Handlungen, z. B. Zolldefraudationen, im Ganzen kein gefährliches Gewerbe sind; die Summe der künftigen Delikte bildet ein System der sich gegenseitig versichernden Handlungen. Das Gesetz begünstigt also die pathologischen Socialerscheinungen. Sachgemässer wäre die Regelung, bei welcher jeder Delinquent die Gefahr selbständig trägt. Eine andere Frage ist es, welche Massregeln in Bezug auf die anderen socii anzuwenden sind. Ihre Verantwortlichkeit muss völlig selbständig geregelt werden.

Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est“ (l. 19 § 9 D. loc. cond. 19, 2).

Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt (§ 10 eod., vgl. l. 4 D. de off. adsess. 1, 22).

Selbstverständlich bedeutet die Erstattung oder Aufrechnung des gewonnenen quaestus, dass das Reineinkommen prästirt werden muss.

Non potest quaestus consistere, si eum sumptus superat (Plaut. Poen. 1, 2, 74).

Bei der societas quaestus kann der Genosse also die Kosten des Erwerbes abziehen (vgl. l. 52 § 15 D. pro socio 17, 2). Desgleichen musste der Besitzer eines homo liber diesem nur das in Folge des Besitzes gewonnene Reineinkommen rückerstatten, so dass die Kosten abgezogen wurden (arg. l. 4, l. 6 § 3 D. de op. serv. 7, 7).

B. Fingirtes Arbeitseinkommen. Wenn der malae fidei possessor eines servus alienus den ortsüblichen Miethszins restituirt, falls er dessen Arbeitskraft zwar nicht vermiethet, wohl aber in seinen Interessen auf andere Weise, z. B. bei Feldarbeiten, ausbeutet, so ist anzunehmen, dass auch der malae fidei possessor eines homo liber diesem den ortsüblichen Miethszins (Arbeitslohn) für die genossenen operae restituiren muss. Desgleichen ist zu entscheiden, dass der Arbeitnehmer, welcher im Falle der Nichtannahme seiner operae diese zwar nicht durch die Vermiethung, wohl aber auf andere produktive Weise im eigenen Interesse ausbeutet, den ortsüblichen Miethszins für die im eigenen Interesse verwendeten operae aufzurechnen hat. Wenn z. B. Jemand als Fabrikchemiker angestellt wurde und in Folge der Nichtannahme seiner operae dieselben als Chemiker im eigenen Geschäft oder als Verwalter seines eigenen Landgutes verwendet hat, so hat er zwar keinen Arbeitslohn für die freie Zeit, wohl aber den Nutzen dieser Arbeit selbst gewonnen. Es wäre ganz grundlos, nur dann den Gewinn von seiner Arbeit gegen den geschuldeten Lohn aufzurechnen, wenn dieser Gewinn in der Gestalt einer merces gewonnen wurde. Auch die Verwendung seiner operae in seiner eigenen Unternehmung bringt dem bisherigen Arbeitnehmer entsprechenden Gewinn. Wenn er trotzdem den vollen Lohn für die frei gewordenen, auf die Produktion im eigenen Interesse verwendeten operae beanspruchte, so würde sein Anspruch bedeuten, dass er den doppelten Nutzen von seinen operae lukriren will. Dies wäre kein Anspruch auf Schadenersatz, sondern ein Anspruch auf einen übermässigen Gewinn. Es ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, dass derjenige, welcher in seiner Fabrik als Chemiker fungirt, denselben Nutzen hat, als ob er den ortsüblichen Arbeitslohn für diese operae gewonnen hätte (propter usum merces percepta videtur). Wenn dieser ortsübliche Arbeitslohn des Fabrikchemikers 3000 jährlich beträgt, der Betreffende aber sich im Kontrakt 4000 ausbedungen hat, so sind ihm natürlich 1000 zu ersetzen. Wenn er als Fabrikdirektor mit Gehalt von 7000 angestellt wurde, die freie Zeit aber auf solche Beschäftigung bei eigener Produktion verwendet hat, welche nur mit 1000 jährlich belohnt wird, so hat er 6000 nachzufordern etc.

Spezielle Bestätigungen für diese Sätze haben wir in den Quellen nicht gefunden. Die Regeln über den Ersatz des fingirten Einkommens vom Kapital ergeben aber eine ganz zwingende analogia juris.

Vom civilpolitischen Standpunkt wäre der Nichtersatz des fingirten Arbeitseinkommens bei den Verhältnissen, wo das gewonnene Arbeitseinkommen erstattet wird, ein Missgriff. Denn dann gewinnt der Erstattungspflichtige Motive, die Perception des Arbeitslohnes zu vermeiden und die Arbeitskraft auf andere Weise nutzbar zu machen, um sich auf fremde Kosten zu bereichern. Der Besitzer eines homo liber oder der zur Freilassung eines Sklaven verpflichtete Erbe würden dann zum Schaden des homo liber oder des fideikommissarisch mit Freiheit Bedachten das widerrechtliche Gewaltverhältniss nach Möglichkeit zu verlängern suchen, weil sie davon grossen Nutzen ziehen können; nur würden sie vorsichtigerweise keine mercedes operarum percipiren, wohl aber die Arbeitskraft der Gegenpartei unmittelbar ausbeuten. Aehnliche eigennützige Erwägungen könnten den locator operarum bewegen, im Falle der Nichtannahme seiner operae, diese unmittelbar zu verwerthen, anstatt einen anderen Arbeitsvertrag zu schliessen. Freilich würde der von uns vorausgesetzte politische Missgriff des Civilrechtes nur den Besitzern eines selbständigen Erwerbsgeschäftes

zu Gute kommen. Derjenige locator operarum z. B., welcher keine eigene Unternehmung hat, könnte aus der Rechtslücke keinen Vortheil ziehen. Diese würde also ein Privileg für die an Besitz und Eigennutz stärkeren Leute bedeuten.

Die Regeln über das fingirte Arbeitseinkommen sind analog in verschiedenen Fällen der Wiederaufhebung des Ueberganges der ökonomischen Güter anzuwenden, z. B.:

1. Ein Minderjähriger hat einen leichtsinnigen Arbeitsvertrag auf zwei Jahre geschlossen, auf Grund dessen der Arbeitsherr einen unverhältnissmässig geringen jährlichen Dienstlohn bezahlt. Nach einem Jahre geschieht die in integrum restitutio. Der Arbeitsherr hat die ortsübliche merces zu erstatten.

2. Dasselbe geschieht bei nichtigen und anfechtbaren Arbeitsverträgen, wenn nachträglich die geleisteten operae rückerstattet werden.

3. Ferner in denjenigen Fällen, wenn Jemand die fremden operae sine causa benutzt hat und eine condictio angestellt wird. In den Quellen wird der Fall besprochen, wenn Jemand operae in Folge eines Irrthumes als debitum leistet.

Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit . . . si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eaedem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus . . . sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus (Ulpianus l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12, 6).

Bemerkenswerth ist, dass die Kondiktion der merces im Falle des grundlosen Gebrauches fremder operae erst im späteren klassischen Recht anerkannt wurde. Noch Marcianus hat eine andere Meinung vertreten:

Marcianus libro tertio regularum. Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere, sicuti si paenulas dedisset, ut tunicas acciperet: nec esse hoc contrarium, quod, si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt. nam aliud dando, ut aliud reddatur obligari iure gentium possumus: quod autem indebitum datur,

aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere, quorum neutro modo operae repeti possunt (l. 25 D. de praescr. verb. 19, 5).

Daraus sind übrigens keine Schlüsse für die Entwickelung der Regeln über das fingirte Einkommen zu ziehen. Es handelt sich vielmehr um die Geschichte der Kondiktionen und ihre ursprünglichen Eigenthümlichkeiten.

Nach der l. 26 § 12 de cond. ind. cit. wird nicht die für die operae der entsprechenden Art gewinnbare merces zurückerstattet, sondern vielmehr nur diejenige merces, welche der Empfänger des indebitum zahlen würde, wenn er sich den Gebrauch der operae mittelst eines Dienstvertrages verschaffen wollte (quanti operas essem conducturus). Diese Art der Schätzung ist für den Empfänger günstiger, als die Erstattung der ortsüblichen merces. Unter Umständen wird er nichts zu erstatten haben. Er wird auf Grund der Formulirung „quanti operas essem conducturus“ unter Umständen mit Recht sagen: „Nach meiner Vermögens- und Lebensstellung würde ich mir niemals den Luxus erlauben, einen pictor zu miethen. Ich habe nur darum die operae pictoriae angenommen, weil ich dachte, dass sie mir geschuldet seien, d. h. dass ich dafür nichts zu bezahlen haben werde.“ Wenn das Gericht findet, dass er in der That die operae pictoriae conducturus non esset, so hat er auch nichts zu erstatten. Oder, wenn er wahrscheinlich macht, dass er im Falle der loc. conductio weniger qualificirte, weniger theuere operae (nicht die eines Künstlers, sondern nur die eines einfachen Handwerkers) sich verschaffen würde, so ist die übliche merces für die billigen operae zu erstatten. Diese Erscheinung (Versicherungspolitik im Gebiete der Einkommenspraestationen) werden wir später genauer zu untersuchen haben (vgl. oben S. 89). Hier ist nur zu bemerken, dass die besprochene Milderung des Ersatzes des fingirten Einkommens nur im Falle des Gebrauches fremder Sachen oder operae im irrthümlichen Glauben, dass daraus keine Ersatzpflicht entsteht, stattfindet.

C. Versäumtes Arbeitseinkommen. Bei den Kontraktsverhältnissen, welche auf die Erstattung oder Theilung des gewonnenen Arbeitseinkommens gerichtet sind, wie z. B. im Falle der societas quaestus, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, dass die schuldhafte Unterlassung der perceptio den Anspruch auf Ersatz des Versäumten begründet. Wenn ein socius quaestus aus Faulheit oder Nachlässigkeit für den Erwerb nicht

sorgt, so muss er natürlich dasjenige, quod bona fide ex artificio, ex operis percipi potuit, ersetzen.

Bei denjenigen Verhältnissen dagegen, wo die Partei, welche den gewonnenen Arbeitslohn nicht auf Grund einer freiwillig übernommenen Erwerbs- und Prästationspflicht leistet, muss man mit der Anerkennung des Ersatzes von versäumten Einkünften sehr vorsichtig sein. Insbesondere ist zu entscheiden, dass bei der loc.-cond. operarum der Arbeiter im Falle der Nichtannahme seiner operae zur Gewinnung des quaestus während der freien Zeit nicht verpflichtet ist. Der Arbeitsgeber darf also von der versprochenen merces nicht denjenigen quaestus abziehen, welchen der Arbeiter erzielen könnte, wenn er die freie Zeit zur anderweitigen Beschäftigung benutzt hätte. Die beiden oben angeführten Stellen über die Nichtannahme der operae sprechen nur von der Einrechnung des gewonnenen Arbeitseinkommens (si eodem anno mercedes ab alio non accepisti l. 19 § 9 D. loc. cond. 19, 2: si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt l. 10 eod.). Die ausdehnende Interpretation dieser Stellen dahin, dass sie sich auch auf den Lohn beziehen, welchen der Arbeiter hätte erwerben können, scheint uns kaum gerechtfertigt zu sein. [1] Die Absicht des Gesetzes, wonach der Arbeiter den Anspruch auf den Arbeitslohn nicht verliert, wenn seine Arbeit ohne seine Schuld nicht angenommen wird, wäre durch eine solche Interpretation zum grossen Theil vereitelt. Der dem Arbeiter gewährte Schutz wäre ziemlich illusorisch, wenn der Arbeitgeber geltend machen könnte, dass der Arbeiter während der Zeit der nicht angenommenen operae einen anderen Arbeitgeber finden konnte. Dann könnte der Arbeitgeber nach Willkür sehr leicht die Rechte des Arbeiters aus dem Kontrakt thatsächlich wirkungslos machen. Wenn er aus irgend welchem Grunde, z. B. weil der Arbeiter ihn nicht so ehrerbietig grüsst, wie es ihm gefällt, den Kontrakt vereiteln will, so genügt es, wenn er die angebotenen operae nicht annimmt und dem Arbeiter mittheilt, dass bei einem anderen Arbeitgeber, etwa seinem Freunde, eine gleiche Beschäftigung zu finden ist. Die Hauslehrerin, welche dem Hausherrn den Kuss verweigert, könnte auf die Stelle bei dem Nachbar des Hausherrn verwiesen werden. Wenn dann der

1) Günstiger für den Vermiether ist die Meinung von Dernburg (II § 112 Text zur N. 7): dem Vermiether kann auf seine Lohnforderung angerechnet werden, „was er inzwischen in gleicher Art verdient hat oder wenigstens leicht verdienen konnte.“

Arbeiter, die Hauslehrerin den versprochenen Lohn fordern, könnten sie diesen nicht bekommen, weil ein anderer Arbeitgeber bereit war, ihre freie Zeit zu benutzen, sie haben aber den Nutzen davon zu ziehen versäumt. Kurz, die bekämpfte Interpretation erzeugt pathologische Erscheinungen im Socialleben, indem sie zur Verbreitung der frivolen Kontraktsbrüche seitens der Arbeitgeber führt.

Man muss auch erwägen, dass der Schuldner nach dem römischen Recht keine Pflicht hat, das Einkommen von einem Kapital für den Gläubiger zu gewinnen, wenn dieser sich in mora accipiendi befindet. Schon auf Grund dieser Analogie ist es unwahrscheinlich, dass der Arbeiter zur Ausbeutung seiner Arbeitskraft verpflichtet ist, wenn seine kontraktmässig angebotenen Dienste ohne Grund nicht angenommen werden. Ausserdem ist auch zu beachten, dass der Arbeiter eben kein Kapitalstück, sondern ein Mensch ist, dessen persönliche Gefühle nicht rücksichtslos ignorirt werden können. Wenn man sich durch den Kontrakt an den einen Arbeitsherrn bindet, so bedeutet dies noch nicht, dass man seine Person und Arbeitskraft jedem anzubieten bereit wäre. Die Dame, welche als Hauslehrerin oder Bonne beim A in Stellung ist, möchte vielleicht in keinem anderen Hause diese Beschäftigung annehmen. Beim Suchen nach der Arbeit erlebt man auch oft manche bittere Stunden. Nach der bekämpften Theorie könnte aber der Arbeitgeber nach Willkür den Arbeiter auf das Suchen nach dem neuen Arbeitgeber verweisen.

Da unsere Quellen dem Arbeiter im Falle der Zurückweisung seiner Dienste keine Pflicht auferlegen, nach einer anderweitigen Beschäftigung zu suchen, so ist darnach zu entscheiden, dass der Arbeiter nicht nur für die fahrlässige (culpa), sondern auch für die absichtliche (dolus) Unterlassung des Erwerbes nicht verantwortlich ist, oder genauer, dass in der Unterlassung des Erwerbes seitens des Arbeiters kein zu vertretender dolus liegen kann. Wenn man zu einer Handlung nicht verpflichtet ist, so kann die Unterlassung derselben keinen dolus im Rechtssinne enthalten.

Anders ist die Frage im Entwurf (II § 556) geregelt. Darnach wird die Pflicht des Arbeiters, für seine zurückgewiesenen Dienste nach einem anderen Arbeitnehmer zu suchen, principiell anerkannt. Der Arbeiter ist zwar nicht für culpa, wohl aber für dolus verantwortlich. Wir können uns damit nicht einverstanden erklären. Denn auch darnach hat der Arbeitgeber die Macht und

die Möglichkeit, den Kontrakt willkürlich zu vereiteln und den Arbeiter zu einem anderen Unternehmer zu schicken. Wenn der Arbeiter die angebotene anderweitige Beschäftigung zurückweist, so ist in seinem Betragen nicht ein Mangel an Aufmerksamkeit, nicht eine Fahrlässigkeit, sondern eine absichtliche und bewusste Nichterfüllung einer Pflicht, d. h. ein dolus, enthalten. Daher wird der Arbeitgeber in solchen Fällen von seiner Pflicht, den Lohn zu zahlen, befreit.

Wenn wir dem römischen Recht vor dem Entwurf den Vorzug geben, so verkennen wir nicht, dass auch das römische Princip unleugbare Schattenseiten hat. In den Fällen nämlich, wenn es seinen Zweck (ordentliche Erfüllung des Kontraktes seitens der Arbeitsgeber zu erreichen) verfehlt, stiftet es Schaden dadurch an, dass es dem Arbeiter die Möglichkeit giebt, auf fremde Kosten ohne Beschäftigung zu leben. Allein eine absolut befriedigende Lösung unserer höchst schwierigen Frage scheint uns kaum erreichbar zu sein. Man mus das malum necessarium mit in den Kauf nehmen, um das Gute zu erreichen. Nur in einer Hinsicht erscheint uns das römische Recht verbesserungsbedürftig. Dasselbe (ebenso der Entwurf) unterscheidet nämlich nicht, aus welchem Grunde die angebotenen operae zurückgewiesen worden sind. Es ist nun u. E. angerathen, zwischen den Fällen der willkürlichen, grundlosen Zurückweisung und denen der entschuldbaren Nichtannahme der operae (probabilis causa) zu unterscheiden. In den Fällen der ersten Kategorie ist dem Arbeiter keine Pflicht, nach einer anderweitigen Beschäftigung zu suchen, aufzuerlegen, wohl aber in denen der zweiten Art, und zwar kann man hier den Arbeiter nicht nur für dolus, sondern auch für culpa verantwortlich machen. —

Es ist ferner selbstverständlich, dass der Ehemann bei der Verwaltungs- oder Errungenschaftsgemeinschaft keinen Anspruch auf das seitens der Frau versäumte Arbeitseinkommen hat. Die Anerkennung der civilrechtlichen Haftung für die culpa beim Arbeitserwerb könnte aus leicht verständlichen Gründen hässliche sittliche Erscheinungen herbeiführen und den Zweck der Ehe im Falle der Habgier des Mannes beeinträchtigen.

D. Entzogenes Arbeitseinkommen. Wenn Jemand einem Anderen durch eine zu vertretende Handlung oder Unterlassung die Möglichkeit, das Arbeitseinkommen zu gewinnen, entzogen hat, so ist dasjenige Einkommen zu schätzen, welches ohne

diese schädigende Thatsache vom Geschädigten gewonnen werden könnte. Wenn der Ersatzpflichtige während der in Betracht kommenden Zeit die Arbeitskraft des Beschädigten ausgebeutet hat, so kann der letztere selbstverständlich auch die Rückerstattung dieses Gewinnes (mercedes perceptae oder fictae) fordern. In der oben (S. 335) angeführten l. 84 D. de leg. 31 (mora praestandae libertati) wird nur der Ersatz desjenigen, quae (servus manumittendus) medio tempore adquisiit domino, erwähnt; es ist aber selbstverständlich, dass der Beschädigte auch das Mehr fordern konnte, wenn er im Falle der rechtzeitigen Freilassung dieses Mehr gewinnen konnte. Dass ihm auch der entzogene Gewinn nach dem Sinne der Stelle ersetzt werden muss, ersieht man daraus, dass er die Verzugszinsen von dem ihm mit der libertas geschuldeten Vermächtniss bekommt (etiam fideicommisso moram videri factam et usurarum onus accedere). — Analoge Regeln sind jetzt anzuwenden, wenn Jemand einen Anderen mit Unrecht aus dem Dienste nicht entlässt, dessen Legitimationspapiere oder Arbeitswerkzeuge nicht herausgiebt, obgleich er in concreto kein Retentionsrecht hat etc.

Besonders grosse Bedeutung hat die Schätzung des entzogenen quaestus in den Fällen der Verantwortlichkeit für die Körperverletzung, welche den Beschädigten theilweise oder gänzlich arbeitsunfähig (inutilis) macht.

Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes . . . operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est (l. 7 D. de his qui effud. 9, 3).

Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus . . . (l. 7 pr. D. ad leg. Aquiliam 9, 2).

Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus (l. 3 D. si quadrupes 9, 1).

Selbstverständlich sind die mercedes, welche iudex computat (l. 7 D. qui effud. cit.), nicht nothwendig derjenige Arbeitslohn, welchen der Beschädigte durch die Vermiethung seiner operae gewonnen hätte, sondern auch das fingirte Arbeitseinkommen nach dem Princip: qui operis suis utitur, mercedes percipere

videtur. Wenn z. B. ein Bauer, welcher seine operae nicht vermiethet, sondern auf die Bebauung seines Grundstückes verwendet hätte, arbeitsunfähig geworden ist, so sind die „mercedes operarum, quibus caruit aut cariturus est“ nach dem ortsüblichen Lohn für entsprechende operae zu berechnen.

Die Schätzung des in Folge der eingetretenen Arbeitsunfähigkeit entgangenen quaestus war im römischen Staat eine Rechtserscheinung von verhältnissmässig geringer Bedeutung. Jetzt, insbesondere nach der Einführung der Zwangsversicherung der Arbeiter auf den Fall der Arbeitsunfähigkeit und der Haftung von Unternehmern für den casus, hat das Institut eine grosse sociale Tragweite gewonnen. Die spärlichen Hinweise in den angeführten Stellen über die Schätzung des entzogenen Arbeitseinkommens vermögen eine ganze Masse von höchst wichtigen Fragen, welche in Bezug auf die Ausführung der Schätzung auftauchen, nicht zu lösen. Man muss unter Anderem beachten, dass die uns interessirende Art des Einkommensersatzes sich in der folgenden wichtigen Hinsicht vom Ersatz der entzogenen Früchte unterscheidet: wenn Jemand für den aus der Vernichtung, Nichtleistung, verspäteten Leistung eines Kapitalstückes entstandenen Verlust am Einkommen haftet, so wird bei der Auseinandersetzung nur auf die Vergangenheit gesehen. Denn der Schuldner ersetzt dem Gläubiger das Kapital oder den Werth desselben. Für die Zukunft erwächst also dem Gläubiger kein Verlust an Einkünften. Das Leben oder die Arbeitsfähigkeit eines Menschen wird aber nicht hergestellt; das Einkommen muss nicht nur für die Zeit zwischen der schädigenden Thatsache und der Abrechnung (mercedes operarum, quibus caruit), sondern auch für die mehr oder weniger lange Zukunft (mercedes operarum, quibus cariturus est) berechnet werden. Nun taucht aber sogleich die Frage auf, für eine wie lange Zeit das Einkommen zu berechnen ist. Ferner fragt es sich, welche merces in Betracht zu ziehen ist. Das Einfachste wäre, denjenigen Lohn zu berücksichtigen, welchen der Arbeiter in der Zeit des Unfalles bekommen hat. Wenn er aber einen niedrigeren Lohn bezogen hat, als der ortsübliche für die entsprechenden operae? Genauer ist jedenfalls die Veranschlagung des ortsüblichen Lohnes, denn dieser ist für die Zukunft der wahrscheinlichste, obwohl der Arbeiter vor dem Unfall einen weniger vortheilhaften Arbeitskontrakt geschlossen hat. Wenn wir den Tagelohn ermittelt haben, so fragt es sich weiter, welche Summe der jährliche quaestus ausmacht.

Die durchschnittliche Dauer der Unterbrechung des quaestus ist auch nicht leicht zu bestimmen. Der jährliche quaestus ist ermittelt. Jetzt fragt es sich: ist die Annahme sachgemäss, dass der Arbeiter sein ganzes Leben bei dem gegenwärtigen Lohn geblieben wäre? Er hat immer den Trost von oben gehört, dass er bei tüchtigem und solidem Betragen emporkommen kann. Dies wird periodisch in den Parlamenten und in der Presse verkündet. Wenn man dies bei der Bestimmung der Unfallrente ignoriren möchte, beginge man einen Widerspruch. In Wirklichkeit ist das Emporkommen für den einfachen Arbeiter wenig wahrscheinlich, auch wenn er der diligentissimus pater familias wäre. Indessen sind die mehr oder weniger geringen Chancen doch thatsächlich nicht ausgeschlossen. Sie sollten veranschlagt werden. In dem einen Arbeitsgebiete ist die Wahrscheinlichkeit des Emporkommens sehr gering, in dem anderen ist sie viel grösser. Ceteris paribus wird der übliche Lohn für die einfachen Dienste in dem Gebiete, wo die Chancen des Emporsteigens grösser sind, geringer sein, als dort, wo die Hoffnung auf Besserung geringer ist. Alle diese und andere Momente bei der Feststellung des entgangenen quaestus sind desto schwieriger sachgemäss zu veranschlagen, je jünger der inutilis gewordene Mensch ist. Und wenn es sich um ein Kind handelt? Es hat den Beruf noch nicht gewählt. Auch bei einem jugendlichen Arbeiter von 14, 15 Jahren können wir meistens nicht behaupten, dass sein Beruf feststeht. Soll man dann für die Zukunft den Lohn eines einfachen Tagelöhners veranschlagen?

Derartige Fragen, deren Zahl sich leicht vermehren liesse, zeigen klar, dass die Formel „mercedes operarum quibus cariturus est“ keineswegs eine genügende gesetzliche Lösung der Frage enthält. Wenn man den Richtern keine genauere Direktive giebt, keine eingehenderen Normativbestimmungen aufstellt, muss die Praxis sehr ungleichmässig werden. Je nach dem Temperament, den Lebensanschauungen, ja, nach den politischen Tendenzen des schätzenden Richters muss die Schätzung in konkreten Fällen höchst verschieden ausfallen, auch wenn alle Richter den besten Willen haben, so gewissenhaft und unparteiisch wie möglich zu urtheilen. Der Prozess nimmt einen erbitternden und für alle Betheiligten demoralisirenden Charakter an, weil der Entschädigungsberechtigte übertrieben hohe Ansprüche erheben, der Verpflichtete eine übertrieben geringe Summe zugestehen wird. Der prozessuale Kampf wird zur starken Bethätigung und Uebung der schlimmsten

Schattenseiten des menschlichen Charakters, des Egoismus und der Habgier. Die richterliche Entscheidung wird selten die beiden Parteien befriedigen; die unzufriedenen werden die Unparteilichkeit des Richters bezweifeln oder sich darüber beschweren, dass der Gegner, z. B. die Aktiengesellschaft, der Einzelunternehmer, eine für sich günstige Entscheidung nur dadurch herbeigeführt, weil er einen sehr geschickten Vertreter im Gerichte gehabt hat etc. etc.

Wir glauben darum, dass die Aufgabe des modernen Gesetzgebers in unserem Gebiete darin besteht, die Schätzung nach Möglichkeit eingehend zu normiren, alle Fragen, für welche eine allgemeine Lösung möglich ist, gesetzlich zu lösen. Das freie Ermessen des Richters ist bei der Schätzung nicht zu entbehren; allein man kann allgemeine Principien aufstellen, welche der Willkür und dem subjektiven Urtheilen nach Möglichkeit eine Schranke ziehen. Viele Fragen kann der Gesetzgeber, welcher die Statistik benutzen kann und sonst über alle nöthigen Hilfsmittel verfügt, besser allgemein lösen, als die einzelnen Richter in konkreten Fällen. Ausserdem können bei der gesetzlichen Normirung der Schätzungsmethode wohlthätige sozialpolitische Grundsätze durchgeführt werden. Demjenigen, welcher ausser seiner eigenen nunmehr beeinträchtigten Arbeitskraft keine anderen Existenzmittel hat, ist nach Möglichkeit ein gewisses Minimum des Einkommens zu verschaffen. Andererseits ist auch zu unterscheiden, inwiefern der Ersatzpflichtige leistungsfähig ist.

Der Entwurf stellt überhaupt keine Regeln über die Berechnung des entgangenen Arbeitseinkommens im Falle der eingetretenen Arbeitsunfähigkeit (§ 766). Es heisst nur, dass dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten ist. Nach dem oben Gesagten betrachten wir dies als eine schädliche Lücke.

Als Beispiel von Bestimmungen über die Schätzung des entgangenen quaestus führen wir folgende Theile des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 an:

§ 5. „Gegenstand der Versicherung ist der nach Massgabe der nachfolgenden Bestimmungen zu bemessende Ersatz des Schadens, welcher durch Körperverletzung oder Tödtung entsteht.

Der Schadensersatz soll im Falle der Verletzung bestehen:

1. in den Kosten des Heilverfahrens, welche vom Beginn der vierzehnten Woche nach Eintritt des Unfalls an entstehen;

2. in einer dem Verletzten vom Beginn der vierzehnten Woche nach Eintritt des Unfalls an für die Dauer der Erwerbsunfähigkeit zu gewährenden Rente.

Die Rente ist nach Massgabe desjenigen Arbeitsverdienstes zu berechnen, den der Verletzte während des letzten Jahres seiner Beschäftigung in dem Betriebe, in welchem der Unfall sich ereignete, an Gehalt oder Lohn durchschnittlich für den Arbeitstag bezogen hat . . .

War der Verletzte in dem Betriebe nicht ein volles Jahr, von dem Unfalle zurückgerechnet, beschäftigt, so ist der Betrag zu Grunde zu legen, welchen während dieses Zeitraumes Arbeiter derselben Art in demselben Betriebe oder in benachbarten gleichartigen Betrieben durchschnittlich bezogen haben.

Erreicht dieser Arbeitsverdienst den . . . ortsüblichen Tagelohn gewöhnlicher Tagearbeiter nicht, so ist der letztere der Berechnung zu Grunde zu legen . . .“

§ 3. „Als Gehalt und Lohn im Sinne dieses Gesetzes gelten auch Tantièmen und Naturalbezüge. Der Werth der letzteren ist nach Ortsdurchschnittspreisen in Ansatz zu bringen.

Als Jahresarbeitsverdienst gilt, soweit sich derselbe nicht aus mindestens wochenweise fixirten Beträgen zusammensetzt, das Dreihundertfache des durchschnittlichen täglichen Arbeitsverdienstes. Für Arbeiter in Betrieben, in welchen die übliche Betriebsweise für den das ganze Jahr regelmässig beschäftigten Arbeiter eine höhere oder niedrigere Zahl von Arbeitstagen ergiebt, wird diese Zahl statt der Zahl dreihundert der Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes zu Grunde gelegt.

Bei jugendlichen Arbeitern und solchen Personen, welche wegen noch nicht beendigter Ausbildung keinen oder einen geringen Lohn beziehen, gilt als Jahresarbeitsverdienst das Dreihundertfache des . . . für Erwachsene festgesetzten ortsüblichen Tagelohnes gewöhnlicher Tagearbeiter . . .“

Eine eingehendere Behandlung der in Betracht kommenden Fragen und eine Kritik der Reichsgesetze über die Versicherung der Arbeitskraft hoffen wir im Zusammenhang mit der Lehre vom Erwerb des Arbeitseinkommens zu liefern.

§ 33. B. Geopfertes Arbeitseinkommen.

Wenn Jemand seine Arbeit, Zeit und Kenntnisse in fremden Interessen opfert, so entsteht die Frage, ob das dadurch entgangene

Arbeitseinkommen ihm ebenso ersetzt wird, wie das Einkommen vom Kapital, wenn er dieses fremden Interessen widmet. Es fragt sich z. B., ob der Mandatar oder der Vormund einen Ersatzanspruch wegen seiner im Interesse des Geschäftsherrn geopferten operae geltend machen kann. Prima facie wäre man vielleicht geneigt, jede Vergütung für die geopferten operae a priori abzuweisen, und zwar aus folgendem Grunde: die Vormundschaft ist ein munus publicum, welches unentgeltlich ausgeübt wird. Der Vormund ist verpflichtet, unentgeltlich eine sorgfältige Thätigkeit, welche die Interessen des Mündels erfordern, zu entwickeln. Ebenso unentgeltliche Pflichten liegen dem Mandatar ob. Desgleichen verpflichtet das römische Recht den neg. gestor, den Besitzer einer fremden Sache oder Erbschaft, den Verkäufer etc. etc. zu einer diligentia boni patris familias im Interesse der Gegenpartei, zu einer Thätigkeit, welche die Erhaltung des Kapitals und die Gewinnung des Einkommens zum Inhalt hat. Diese diligentia wird nicht bezahlt; sie ist eine Pflicht, welche das Recht jedem Bürger, welcher in gewisse Rechtsverhältnisse eintritt, auferlegt, ohne irgend welchen Lohn dafür zu versprechen. Von dem Ersatz für die in fremden Interessen aufgewendeten operae kann also bei diesen Verhältnissen keine Rede sein.

Dieser Schluss scheint sich direkt und zwingend aus den herrschenden Lehrsätzen über die Pflichten des Mandatars, des Vormundes etc. zu ergeben. Er ist indessen unbegründet. Seine scheinbare Korrektheit entsteht nur daraus, dass unsere Anschauungen über die Pflichten des Vormundes, des Beauftragten etc. unbestimmt und ungenau sind. Mitunter begegnet man in diesem Gebiete geradezu höchst eigenthümlichen Ansichten. Wir haben z. B. oben gesehen, dass die Verfasser des Entwurfes aus der Pflicht des Verkäufers zur diligentia im Interesse des Käufers den Satz herleiten, dass der Verkäufer keinen Ersatz für die nothwendigen Verwendungen zu beanspruchen habe, weil er zur Erhaltung der Sache verpflichtet sei. Es ist klar, dass die Anschauungen des Gesetzgebers über den Sinn des Satzes, wonach der Verkäufer zu einer sorgfältigen Thätigkeit im Interesse des Käufers verpflichtet ist, nichts weniger als klar und korrekt sind.

Was bedeutet in Wirklichkeit der Satz, wonach der Vormund für die Erhaltung des Vermögens und den Gewinn des Einkommens für den Mündel zu sorgen hat, welche Art der Thätigkeit hat er zu übernehmen, was soll er diligenter machen? Ist der Vormund,

welcher ein Handelsgeschäft des Mündels zur Verwaltung übernimmt, verpflichtet, im Kaufladen zu sitzen, den Waarenverkauf persönlich zu beaufsichtigen? Wenn die Wirthschaft des Mündels in einem Landgut besteht, soll der Vormund die Feldarbeiten leiten und beaufsichtigen? Gewiss nicht. Es ist Jedem ohne Weiteres klar, dass das Recht dem Vormund unmöglich eine solche Thätigkeit auferlegen kann. Sonst könnte man kein Vormund werden, ohne seinen Beruf zu verlassen. Ein Arzt, ein Rechtsanwalt, welcher zum Vormund ernannt ist, müsste seine Beschäftigung, seinen Wohnsitz aufgeben, auf das Landgut des Mündels übersiedeln etc. Es muss also eine Schranke für die Pflicht zur Thätigkeit im Interesse des Mündels bestehen. Wo liegt diese Grenze? Diese Frage wird gewöhnlich ganz ignorirt oder, wenn aufgeworfen, sehr ungenau gelöst. So heisst es z. B. bei Windscheid (II § 439 sub 2):

„Der Vormund muss ferner dafür sorgen, dass von dem Vermögen des Mündels derjenige Ertrag gezogen werde, welchen dasselbe zu gewähren im Stande ist, ohne jedoch dabei zu einem aussergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Kraft verpflichtet zu sein."

Diese Lösung scheint uns unannehmbar zu sein. Richtiger ist vielmehr Folgendes:

Es sind zwei Arten der wirthschaftlichen Thätigkeit zu unterscheiden:

1. Die eine Art, welche wir als Unternehmerthätigkeit bezeichnen können, besteht in der allgemeinen Leitung der Wirthschaft, in der Anstellung des nöthigen Personals, welches das Einzelne ausführt, im Befinden über die wichtigsten Fragen, welche die Wirthschaft betreffen, in der allgemeinen Kontrolle über den Gang der Produktion etc.

2. Die andere Art der wirthschaftlichen Thätigkeit können wir als technische Mitarbeit bei der Produktion bezeichnen. Oder wir können die erstere Art der Thätigkeit als organische Direktive, die zweite als funktionale Thätigkeit bezeichnen. Der Eigenthümer einer Fabrik, eines Handelsunternehmens besorgt oft nur die erstere Art der Thätigkeit; für die technischen Funktionen hat er verschiedene technisch ausgebildete Beamten: Fabrikdirektor, Chemiker, Buchhalter, Kassirer . . . Es geschieht aber nicht selten, dass der Unternehmer ausser der obersten Leitung der Wirthschaft auch eine technische Funktion persönlich besorgt, z. B. er nimmt

keinen Fabrikdirektor oder keinen Buchhalter an, sondern besorgt diese Art der technischen Mitarbeit persönlich. Manche Landgutsbesitzer beschränken sich auf die oberste Unternehmerleitung, sie leben in der Stadt und überlassen alle technische Arbeit dem angestellten Gutsinspektor und anderen Beamten oder verpachten ihr Grundstück. Andere bleiben auf ihrem Landgute und besorgen selbst die Funktionen eines Gutsinspektors und dgl.

Wenn es nun in den Quellen heisst, dass der Mandatar, der Vormund zu einer sorgfältigen Wirthschaft, zur sorgfältigen Gewinnung der Früchte von dem zu verwaltenden fundus verpflichtet ist, so hat dies den Sinn, dass ihm eine sorgfältige Unternehmerleitung der Wirthschaft obliegt. Zur Uebernahme einer technischen Funktion ist dagegen der Vormund nicht verpflichtet.

Die obige Unterscheidung zwischen den beiden Arten der wirthschaftlichen Thätigkeit wird in unseren Quellen freilich nicht allgemein und bewusst ausgesprochen. Sie wird oben von den römischen Juristen instinktiv ohne Weiteres vorausgesetzt. Z. B.:

Modestinus respondit tutorem eorum redituum nomine rationem pupillae reddere debere, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. Item respondit, si minus a servo tutor percepit, quam bona fide ex fundo percipi potuit, ex eo, de quo pupillae sit obstrictus, quantum ex peculio servi servari possit, eidem tutori proficere debere, scilicet si non perdituro servo administrationem credidit (l. 32 §§ 2, 3 D. de adm. et per. 26, 7).

Der Vormund kann also die technische Gutsadministration dem Sklaven des Mündels überlassen; er soll nur darauf achten, dass der anzustellende Gutsadministrator redlich und seiner Aufgabe gewachsen ist. Desgleichen wissen wir, dass der tutor, der curator, der possessor hereditatis den fundus verpachten darf und dann nur den Pachtzins leistet. Er soll nur für einen guten Pächter sorgen, von ihm rechtzeitig die merces einfordern, darauf achten, dass der Pächter keine Raubwirthschaft führe ... Natürlich soll er auch erwägen, ob die Verpachtung im konkreten Fall nicht schädlich wäre, ob nicht die Selbstwirthschaft angerathener ist: ceterum si tantum perceptum est, quantum perciperetur, si locatus vel distractus fructus esset, nihil ei imputabitur (l. 9 § 6 D. de reb. auct. iud. 42, 5).

Dagegen finden wir in den Quellen keine Bestätigung für den Satz, wonach die Grenze der pflichtgemässen Thätigkeit im fremden Interesse sich dadurch bestimmt, ob diese „einen aussergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Kraft“ erfordert. Die l. 47 § 6 D. de

adm. et per. 26, 7, welche Windscheid (a. a. O. N. 6) als eine Bestätigung seines Principes ansieht, behandelt eine andere Frage:

Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit: quaesitum est, utrum compendium negotii an usuras pecuniae praestare debeat. respondi secundum ea quae proponuntur pupillo usuram, non compendium praestandum.

Thatbestand: Zwei Brüder haben als socii gemeinsam ein Handelsgeschäft betrieben. Nach dem Tode eines Bruders wird der andere zum Vormund des unmündigen Sohnes des Verstorbenen eingesetzt. Er liquidirt das Handelsgeschäft auf die Weise, dass er den Waarenbestand zum angemessenen Preis verkauft, für sich zurückkauft und auf eigenen Namen das Handelsgeschäft weiter betreibt.

Rechtsfrage: Soll er dem Mündel den Gewinn vom Handelsgeschäft oder die Zinsen von der Summe prästiren, welche auf Grund der Liquidation dem Mündel gebührt?

Die Entscheidung lautet, dass die Zinsen zu prästiren sind.

Wie kann diese Entscheidung den Satz bestätigen, dass der Vormund nur zum gewöhnlichen, nicht aber zum aussergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Kraft im Interesse des Mündels verpflichtet ist? Einer solchen Annahme kann man nur folgen, wenn man folgende zwei Umstände übersieht: a) Durch den Tod eines der Genossen wird die Gesellschaft gelöst. Der überlebende socius kann nach allgemeinen Regeln über die societas nicht gezwungen werden, mit dem Erben seines socius die Gesellschaft zu erneuern. Die Liquidation der societas seitens des überlebenden Bruders kann also als eine ungehörige Handlungsweise keineswegs bezeichnet werden. Und wenn sie redlich und sorgfältig ausgeführt worden ist, so ist kein Grund vorhanden, warum ihr die rechtliche Sanktion versagt werden könnte. Wenn man in der species facti den Vormund das compendium negotii mit dem Mündel theilen liesse, so würde dies bedeuten, dass man ihm das Gesellschaftsverhältniss mit dem Mündel aufzwänge. Höchstens könnte noch die Frage entstehen, ob der Vormund nicht verpflichtet war, einen Theil der merces auf den Namen des Mündels zurückzukaufen oder direkt zu übertragen und für ihn ein entsprechendes kleineres Handelsgeschäft zu gründen. Auch diese Frage ist im verneinenden Sinne zu lösen. Dies würde bedeuten, dass der Vormund das Vermögen des Mündels den Ge-

fahren eines neuen Handelsunternehmens aussetzen würde. Wenn er dies gethan hätte und das Unternehmen missglückte, würde der Mündel sich beklagen, dass der Vormund sein Vermögen der Spekulationsgefahr unterworfen hat, anstatt für eine sichere Anlage nach den Regeln der Vormundschaft zu sorgen. b) Die Annahme, wonach die exercitio eines Handelsgeschäftes für den Mündel einen aussergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Kraft von dem Vormund nothwendig fordern würde, beruht auf einem Irrthum. Sie könnte nämlich nur dann zutreffen, wenn wir voraussetzen, dass der Vormund, um die römische Terminologie zu gebrauchen, nicht nur die Funktionen eines exercitor, sondern auch die eines institor bei dem Handelsgeschäfte übernehmen müsste, d. h. wenn zu den Pflichten des Vormundes nicht nur die Unternehmerthätigkeit, sondern auch die technische Mitarbeit gehörte. Nach dem oben Gesagten ist dies unrichtig. Der Vormund könnte einen Sklaven des Mündels oder sonst Jemanden zum Institor des Handelsgeschäftes machen. Auf diese Weise kann man eine ganze Menge von Handelsgeschäften in einer Stadt oder in verschiedenen Städten oder sogar in verschiedenen Ländern haben und doch unter Umständen mehr freie Zeit geniessen als bei der Bewirthschaftung eines kleinen Grundstückes.

Darnach darf man für die bekämpfte Theorie die obige Stelle als Bestätigung nicht anführen. Sie ist auch vom praktischen Standpunkt wenig befriedigend. Wo liegt die Grenze zwischen dem gewöhnlichen und dem aussergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Kraft? Vom civilpolitischen Standpunkt scheint uns die Theorie geradezu verwerflich zu sein. Sie demoralisirt das ganze Amt des Vormundes, denn sie bedeutet, dass der Vormund für die Interessen des Mündels sich nicht besonders anzustrengen hat, dass er etwas nachlässig sein darf, kurz sie charakterisirt den Vormund als einen Egoisten, welcher nur in eigenen Interessen den nach den Umständen des Falles erforderlichen „aussergewöhnlichen Aufwand“ von Mühe macht, bei der Besorgung der Mündelinteressen aber vor Allem für seine Ruhe und Bequemlichkeit sorgt. Im Gegentheil, es ist zu behaupten, dass der Vormund, wenn er die Interessen des Mündels nicht nach Möglichkeit wahrt, keine egoistischen Ausreden der bekämpften Art vorschützen darf; dazu ist er zum Vormund bestellt, damit er nichts unterlasse, was zum Wohle des Mündels nothwendig ist, auch wenn dies eine ausserordentliche Mühe kosten müsste. Wenn die Vermögensverhältnisse des Mündels ver-

wickelt und ungeordnet sind, so wird der Vormund, bevor er Alles abwickelt und in das rechte Geleise bringt, oft einen aussergewöhnlichen Aufwand von Zeit und Mühe machen müssen. Dies kann auch dann geschehen, wenn der Mündel Eigenthümer eines landwirthschaftlichen Unternehmens ist.

Um die Pflichten des Vormundes, des neg. gestor etc. zu charakterisiren, ist nicht auf die Intensität und die Dauer der Mühe Gewicht zu legen, sondern auf die Art der Thätigkeit nach dem oben angegebenen Princip. Thatsächlich ist es freilich richtig, dass der Geschäftsführer, der Vormund . . . durch sein Amt nicht so stark in Anspruch genommen wird, dass er seine gewöhnlichen Beschäftigungen und Erwerbsthätigkeit im eigenen Interesse aufgeben oder auf eine beträchtliche Zeit unterbrechen sollte. Man kann vielmehr als Arzt, als Rechtsanwalt weiter seinen Beruf ausüben, obgleich man eine ausserordentlich schwierige Vormundschaft übernommen hat, weil man eben nicht als Gutsinspektor oder Fabrikdirektor des Mündels zu handeln, überhaupt keine technische beständige Arbeit auszuführen hat, sondern nur die allgemeine Unternehmerleitung zu besorgen verpflichtet ist. —

Die oben angeführte Argumentation, welche gegen die Möglichkeit der Entschädigung für die in fremden Interessen geopferte Mühe und Zeit gerichtet ist, trifft nun in dem Falle der technischen Mitarbeit nicht zu. Der Vormund, der Geschäftsführer, der Besitzer einer fremden Sache oder Erbschaft sind zur Unternehmerleitung verpflichtet und können dafür keinen Ersatz fordern. Wenn sie aber eine technische Funktion in der fremden Wirthschaft erfüllen, so leisten sie etwas, wozu sie nicht verpflichtet sind; sie bringen ein freiwilliges Opfer an ökonomischen Gütern (operae) und es kann sehr wohl die Frage aufgeworfen werden, ob sie dafür nicht eine Entschädigung bekommen sollen.

Vom Standpunkt der Civilpolitik löst sich die Frage sicher und einfach. Demjenigen, welcher seine technischen operae im fremden Interesse verwendet, ist der geopferte quaestus nach denselben Grundsätzen zu ersetzen, wie die geopferten Früchte bei der Verwendung eines Kapitals. Inwiefern also der Verwalter fremden Vermögens eine gerechtfertigte Verwendung seiner operae vorgenommen hat, ist ihm das in Folge seiner Hilfeleistung entgangene Arbeitseinkommen zu ersetzen (quaestus, qui ei abest). Wenn z. B. der Vormund sich zum technischen Arbeiter, etwa Buchhalter, Kassirer, Fabrikchemiker, Gutsinspektor in der Wirthschaft des

Mündels macht, so bekommt er den Ersatz des ihm entgangenen quaestus, wenn sein Betragen pflichtgemäss war (bona fide operas impendit). Eine andere Lösung der Frage wäre civilpolitisch verfehlt. Wenn das geopferte Arbeitseinkommen nicht ersetzt würde, so hätten die Geschäftsführer und andere Inhaber fremder Wirthschaften dringende Motive, sich jeder Hilfeleistung durch Verwendung der operae zu enthalten. Der Vormund würde dann das Landgut des Mündels verpachten oder einen Gutsverwalter annehmen, auch wenn seine persönliche Thätigkeit im konkreten Falle im Interesse des Mündels höchst wünschenswerth und er zur persönlichen Hilfe beim sachgemässen Recht bereit wäre. Es ist erfahrungsmässig bekannt, wie wichtig für das Gedeihen einer Landwirthschaft, eines Handelsgeschäftes, einer Fabrik die unmittelbare und beständige Beaufsichtigung seitens des Leiters des Unternehmens ist. Es ist daher vom volkswirthschaftlichen Standpunkt wünschenswerth, die Geschäftsführer von der eventuellen freiwilligen Annahme einer technischen Funktion bei dem Unternehmen nicht abzuschrecken, weil eine solche Funktion dem Geschäftsführer es ermöglicht, bei dem Unternehmen zu wohnen und dasselbe von der Nähe und zu jeder Zeit zu leiten und zu beaufsichtigen.

Die Frage nach dem Ersatz des geopferten Arbeitseinkommens hat in Rom eine viel geringere Bedeutung (in Folge der Einfachheit der Wirthschaft und der Sklaverei: die technische Arbeit wurde meistens den Sklaven überlassen) gehabt als jetzt. Darum sind in den Quellen keine genaueren Erörterungen darüber vorhanden. Wir haben nur eine einzige Stelle gefunden, welche für unsere Frage von unmittelbarer Bedeutung ist:

Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus emptori damnatus est: Mela ait non praestaturum id ei mandatorem, nisi posteaquam emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere coeperit servus. sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit (l. 26 § 8 D. mand. 17, 1 von Paulus).

Der erste Theil der Stelle, welcher uns hier nicht näher interessirt, ist nicht ganz klar oder verstümmelt.[1]

1) Dem Mandatar werden seine Verluste dann nicht ersetzt, wenn er einen schon kranken Sklaven gekauft oder seine nachträgliche Krankheit verschuldet hat. Merkwürdig erscheint uns jedenfalls, dass der Mandatar von dem Auftraggeber bei der ersten Abrechnung (vor Klage des dritten Käufers) keinen Ersatz für die Ernährung und Belehrung des Sklaven erhalten hat. Der zweite Theil der Stelle (sed si iussu mandatoris...) weist darauf hin, dass der zum Kauf Beauftragte die Belehrung ohne den Willen des Auftraggebers vorgenommen hat. Die Kosten sind also als imp. utilis in rem, welche durch den Willen des Geschäftsherrn nicht gerechtfertigt ist. nicht zu ersetzen. Andererseits aber werden auch die imp. utiles in dem Falle ersetzt, wenn die Sache verkäuflich ist. Auch die Entscheidung des zweiten Theiles scheint uns insofern unrichtig oder unklar formulirt zu sein, als aus dem Zusammenhang der Stelle der Schein entsteht, dass erst die erfolgreiche Klage des dritten Käufers die Vergütung von cibaria et merces herbeiführt. Es ist übrigens sehr wahrscheinlich, dass die Worte „Faber... damnatus est“ lediglich den Thatbestand anzugeben beabsichtigen, ohne irgend welchen Rechtssatz aussprechen zu wollen. Dann erhalten sie folgenden befriedigenden Sinn: der Mandatar hat dem Auftrageber 20 herausgegeben, ohne einen Gegenanspruch (a. mand. contraria) zu erheben; erst nach dem Process mit dem dritten Käufer greift er zur a. mand. contraria, obgleich er diese Klage schon früher wegen der Kosten benutzen konnte.

Nach dem zweiten Theile werden die (auf Grund des Willens des Auftraggebers gerechtfertigten) Kosten der Ausbildung des Sklaven dem Beauftragten ersetzt, wenn es nicht verabredet wurde. dass die Ernährung und Ausbildung des Sklaven umsonst geschehen soll, d. h. dass die Kosten dem Beauftragten nicht ersetzt werden.

Was ist die merces, welche dem Beauftragten wegen des hominem fabricam docere prästirt wird?

Ganz sicher ist diese merces etwas anderes, als diejenige merces, welche bei der locatio-conductio operis oder operarum als das für die zu gewährenden Dienste versprochene Aequivalent gezahlt wird. Die Stelle setzt ausdrücklich voraus, dass es sich nicht um eine locatio-conductio, sondern um ein mandatum handelt. Bekanntlich ist aber das mandatum mit dem Versprechen einer merces als Gegenleistung absolut unvereinbar.

Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit (l. 1 § 4 D. mand. 17, 1).

In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse. et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur (§ 13 J. de mandato 3, 26).

Ebenso sicher können wir behaupten, dass die in der l. 26 § 8 cit. erwähnte merces auch mit dem Honarar (honor, salarium)

nichts zu thun hat. Obwohl „mandatum nisi gratuitum nullum est,“ so kann doch die erwiesene Gefälligkeit durch ein Honorar belohnt werden.[1]

Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio (l. 6 pr. D. eod.).

Worin sich dieser „honor“ von der „merces“ unterscheidet, interessirt uns hier vorläufig nicht. Dass in der l. 26 § 8 cit. nicht von einem Honorar die Rede ist, ergiebt sich aus folgenden Umständen:

1. Das Honorar kann mit einer a. mandati nicht gefordert werden. Dies kann nach dem römischen Recht nur auf dem Wege einer extraordinaria cognitio geschehen, so dass der Mandatar den Ersatz seiner Verwendungen auf ganz anderem Rechtswege geltend macht, als seinen Anspruch auf das Honorar.

Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur (l. 1 C. mand. 4, 35).[2]

Aus der l. 26 § 8 cit. (vgl. auch die vorgehenden Erörterungen derselben l. 26) ersieht man dagegen, dass der Mandatar auf einem und demselben Rechtswege die cibaria und die merces erlangt und zwar mittelst der Mandatsklage.

2. Gegen die Annahme, dass es sich in unserer Stelle um ein Honorar handelt, spricht auch der Umstand, dass nicht das Wort „honor“ oder „salarium“, sondern der Ausdruck „merces“ gebraucht ist. Ausserdem sind auch die Worte: „nisi si ut gratis doceret rogatus sit“ zu beachten. Wenn es sich um ein Honorar handelte, so würde der Jurist für die Entstehung des Anspruches auf dasselbe ganz andere Erfordernisse aufstellen. Das Honorar ist kein naturale des mandatum, so dass es immer bezahlt werden müsste, wenn das Gegentheil nicht verabredet ist.

Zu welcher Kategorie gehört denn die merces in unserer Stelle? Die Antwort darauf ist leicht zu finden. Sie ist schon durch die Entscheidung selbst angedeutet: si iussu mandatoris eum docuerit . . . et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit. Es ist klar, dass es sich um den Ersatz

1) Vgl. Löwenfeld in den Gutachten des Anwaltstandes zum Entwurf S. 883 fg.; Dernburg II § 115.

2) l. 7 D. h. t.; Dernburg eod. N. 11.

der impensae (welche auf Grund des iussus mandatoris als gerechtfertigte erscheinen) handelt. Wir haben schon wiederholt auf den wesentlich verschiedenen Sinn der Worte: usurae, mercedes, je nachdem es sich um die Leistung eines versprochenen Aequivalentes oder um den Ersatz des gewinnbar gewesenen Einkommens handelt, hingewiesen. Wenn wir die oben in Bezug auf die Einkünfte vom Kapital und die Zinsen insbesondere erzielten Ergebnisse analog auf das Arbeitseinkommen anwenden, so können wir die Entscheidung von Paulus sehr einfach erklären und die genaueren Regeln über die Ermittelung der dort erwähnten merces gewinnen:

1. Es erklärt sich sehr einfach, warum der faber eine merces bekommt, obgleich eine solche nicht versprochen wurde. Der Anspruch auf die merces als eine Gegenleistung für eine Leistung muss auf einem obligatorischen Versprechen beruhen. Der Ersatz der in Folge einer Verwendung entgangenen merces braucht nicht besonders verabredet zu werden, weil er auf Grund der allgemeinen Rechtsprinzipien geschieht. Ebenso sind keine Kreditzinsen ohne einen Zinsenvertrag möglich. Die Ersatzzinsen können dagegen ohne jede darauf gerichtete Verabredung geschuldet werden. Eine merces als Gegenleistung muss ferner nicht nur versprochen, sondern auch in Bezug auf ihre Höhe bestimmt werden. Für diejenige merces dagegen, welche Paulus in unserer Stelle erwähnt, schadet es gar nicht, dass die Parteien keine Verabredung getroffen haben. Sie wird nach konkreten Umständen des Falles ermittelt (im Prozess officio iudicis). Ebenso müssen die Kreditzinsen im Voraus usurae certae sein, die Ersatzzinsen sind dagegen immer ein incertum. Nach welchen Regeln die merces in der Entscheidung von Paulus zu ermitteln ist, ergeben die Regeln über die geopferten merces oder usurae bei den Kapitalverwendungen. Die Formel ist: quod ei propter impensam (operarum) abest.

2. Darnach ist ferner sehr erklärlich, wie sich die merces in der Entscheidung von Paulus mit dem Satze „mandatum nisi gratuitum nullum est“ vertragen kann. Jene merces steht ebensowenig im Widerspruch mit der Unentgeltlichkeit des mandatum, wie die usurae, welche der Mandatar von den verwendeten Summen bekommt. Der Mandatar erzielt aus dem mandatum keinen Gewinn, weil er nur diejenige merces ersetzt bekommt, quae ei propter mandatum abest. Er würde keine merces fordern können, wenn der Mandant vor dem Beginn der Ausbildung des Sklaven den

Auftrag widerrufen hätte, so dass für den Mandatar thatsächlich kein Zeitverlust entstehen und ihm kein quaestus entgehen könnte. Anders, wenn der faber sich eine merces als Gegenleistung für das fabricam docere ausbedungen hätte. Dann greifen die Regeln über die locatio-conductio Platz. Nach diesen Regeln ist aber kein Widerruf möglich. Der locator müsste die versprochene certa merces bezahlen, ganz gleich, ob er die ausbedungenen Dienste benutzt hat oder nicht. Die Regeln des mandatum sind den Verhältnissen der amicitia und des officium angepasst, die Regeln der locatio-conductio den Verhältnissen des ökonomischen Kampfes ums Leben. Sie sorgen für die Sicherheit des Erwerbslebens, welche mit der Möglichkeit des Widerrufes unvereinbar wäre. Der Mandatar könnte nach dem Prinzip „quod ei abest" auch dann keine merces fordern, wenn es nach den Umständen des Falles ersichtlich wäre, dass ihm in Folge des fabricam docere keine merces operarum entgangen ist (vgl. l. 1 § 3 D. de per. et comm. 18, 6: mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset . . .). — Da in der Entscheidung des Paulus von vornherein ein unentgeltliches Geschäft, Mandat, vorausgesetzt ist, so hat dort das Wort „gratis" (mercedem et cibaria consecuturum nisi si ut g r a t i s doceret rogatus sit) einen ganz anderen Sinn, als in dem Ausdrucke „mandatum nisi gratuitum . . ." — Es bedeutet viel mehr, als dass der Mandatar ohne Absicht des Gewinnes den Auftrag übernommen hat. Nämlich es bedeutet, dass der Mandatar auch die Kosten (Verlust des quaestus, cibaria) der Ausführung des Auftrages auf sich genommen hat. Der Ausdruck „mandatum gratuitum" bedeutet nur, dass für das Vermögen des Mandatars kein Plus entsteht. Der Ausdruck „gratis" in unserer Stelle bedeutet, dass für den Mandatar ein Minus entsteht.

Die Struktur unserer Quellen im Allgemeinen und der besprochenen Stelle insbesondere gestattet uns nicht, die Entscheidung von Paulus etwa als ein spezielles Gesetz für mandatum zu betrachten. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der Ersatz der mercedes im Falle der impensa operarum ein allgemeines Prinzip und die l. 26 § 8 cit. einen speziellen Fall seiner Anwendung bildet. Freilich können wir vom geschichtlichen Standpunkt nicht behaupten, dass die römischen Juristen den Grundsatz des Ersatzes des geopferten Arbeitseinkommens konsequent auf alle in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse ausgedehnt haben. Es ist nicht

ausgeschlossen, dass der Grundsatz zur Zeit der römischen Jurisprudenz sich noch im embryonalen Zustand befunden hat, dass nur vereinzelte Fälle seiner Verwirklichung vorkamen, dass seine allgemeine Bedeutung noch nicht erkannt und anerkannt wurde. Diese geschichtlichen Zweifel können uns nicht hindern, vom dogmatischen Standpunkt, eine allgemeine und konsequente Anerkennung des Prinzipes, als geltenden Rechtes, zu fordern. Die meisten allgemeinen Sätze des gemeinen Rechtes sind ja von den Einzelentscheidungen der römischen Juristen abstrahirt. Von sehr vielen solcher allgemeinen Sätze könnten wir vom geschichtlichen Standpunkt aus nicht behaupten, dass sie in Rom ebenso allgemein angewendet wurden. Das geschichtliche Material bezeugt uns meistens nur, dass der betreffende Satz in einer grösseren oder geringeren Anzahl von speziellen Entscheidungen verwirklicht worden ist. Dass er auch für andere Fälle gilt, ist der Schluss, dessen dogmatische Sicherheit von der geschichtlichen Frage, ob der Satz auch in Rom als ein ebenso allgemeiner Satz erkannt und angewendet wurde, unabhängig ist. So auch in unserem Falle. Die Arbeitskraft und Zeit des Menschen betrachten wir als ein ökonomisches Gut von Werth, ebenso wie den Zeitnutzen eines Kapitalstückes. Wer seine Arbeitszeit in fremden Interessen freiwillig verwendet, macht ebenso eine Verwendung von ökonomischen Gütern, wie derjenige, welcher eigenes Geld in fremden Interessen ausgiebt. Die ratio legis, auf welcher der Ersatz anderer Arten der Verwendungen beruht, trifft auch in Bezug auf den Ersatz für die operae impensae vollkommen zu. Wir finden andererseits in den Quellen kein Zeugniss dafür, dass die Anwendung der analogia iuris (die Regeln über die Kapitalverwendungen) und legis (die Entscheidung von Paulus) in unserer Rechtsmaterie den Absichten des Gesetzgebers widerspräche. Wer könnte einen vernünftigen Grund angeben, warum z. B. dem Vormund der quaestus, qui ei propter impensam operarum abest, nicht ebenso ersetzt werden sollte, wie dem Beauftragten nach der l. 26 § 8 cit.? Wenn nach der l. 1 § 3 D. de peric. et comm. 18, 6 der Verkäufer die mercedes doliorum ersetzt bekommt, wenn er seine Gefässe zur Aufbewahrung des verkauften Weines verwendet, ohne dazu verpflichtet zu sein (mora creditoris), warum sollte er keine mercedes operarum ersetzt bekommen, wenn er seine Arbeitskraft und Zeit freiwillig in Interessen des Gläubigers opfert? In derselben l. 1 de per. et comm. heisst es weiter: „ad vindemiam opera eorum (doliorum)

futura sit necessaria.“ Wenn die opera rei (die Mitwirkung eines Kapitalstückes bei der Produktion) als ein zu ersetzendes ökonomisches Gut gilt, warum sollte etwas Anderes für die opera eines Menschen gelten? Wenn wir dem Besitzer eines fremden Grundstückes von den zu erstattenden fructus die mercedes seiner operae abzuziehen gestatten, so kann der Eigenthümer darin keine Verletzung seiner Interessen erblicken. Wenn der Besitzer seine technischen operae der Produktion nicht gewidmet, sondern einen entsprechenden Beamten gegen eine merces verschafft hätte (wozu er berechtigt war), so müsste der Eigenthümer sich den Abzug dieser merces vom Bruttoeinkommen gefallen lassen. Warum sollte er sich gegen einen solchen Abzug sträuben, wenn der Besitzer selbst die in Betracht kommende technische Funktion erfüllt hat? Die Eigenthümer müssen sich vielmehr über das hier vertretene Prinzip nur freuen, denn sonst würde die Produktion oft zum Schaden der Landwirthschaft ohne die unmittelbare Aufsicht des verantwortlichen Leiters bleiben. Im Falle der Anerkennung des Zuschlages von mercedes operarum impensarum zu den Wirthschaftskosten bekommt der Eigenthümer ein arbeitsloses Einkommen in Folge seiner rechtlichen Macht über das Kapital ersetzt. Wenn wir den Abzug wegen der operae nicht anerkennen, so bekämen die Eigenthümer und die Gläubiger mehr als Einkommen von ihrem Kapital, mehr als ein arbeitsloses Einkommen, denn sie würden auch den fremden quaestus lukriren. Eine solche übertriebene Begünstigung des Kapitals seitens des Civilrechtes würde aber ein Danaer-Geschenk an Gläubiger und Eigenthümer bedeuten, sie würde die beiden Parteien schädigen und wäre von jedem beliebigen Parteistandpunkt, geschweige denn vom Standpunkt des allgemeinen Wohles, zu verwerfen.

Wenn man die Ansichten des Verfassers des Entwurfes über den Sinn der in fremden Interessen von Besitzern, Verkäufern, Verwaltern fremden Vermögens etc. zu prästirenden diligentia beachtet, so muss man a priori erwarten, dass der Ersatzanspruch wegen der operae impensae dem Entwurf fremd geblieben ist. Desto überraschender erscheint prima facie der Umstand, dass der Entwurf (I) in einem speziellen Falle, nämlich bei der Vormundschaft, doch dem Grundsatz eine theilweise Anerkennung verschafft. Der § 1698 (des Entw. I) lautet nämlich:

„In Ansehung des Anspruches des Vormundes oder Gegenvormundes auf Ersatz von Aufwendungen finden die Vorschriften der §§ 594, 595“ (d. h. die Gesetze über die Verwendungen des Mandatars) „entsprechende Anwendung. Als Aufwendungen gelten auch solche von dem Vormunde oder Gegenvormunde geleistete Dienste, welche dem Gewerbe oder Berufe desselben angehören.“ [1]

Wie schon aus dem Gesetze selbst hervorgeht, ist die Gleichstellung der „geleisteten Dienste“ mit den zu ersetzenden Verwendungen eine positive Specialvorschrift für die Vormundschaft, welche als solche auf andere Rechtsverhältnisse nicht auszudehnen ist. Auch in diesem engen Gebiete ist dem Prinzip des Ersatzes wegen der operae impensae nur eine sehr beschränkte Anerkennung zugestanden. Wenn die geleisteten Dienste „dem Gewerbe oder Berufe“ des Vormundes nicht angehören, so ist der Ersatz ausgeschlossen; wenn z. B. ein Arzt, ein Rechtsanwalt oder ein Bautechniker als Vormund eine technische Funktion bei der Landwirthschaft oder in der Fabrik des Mündels erfüllt, so ist ein Ersatzanspruch unbegründet. Ein Arzt kann nur wegen der ärztlichen Dienste, ein Buchhalter nur wegen der Dienste, welche zum Beruf eines Buchhalters gehören, Ersatz verlangen etc. Bei der modernen Spezialisirung der Berufe wird die Vorschrift des Entwurfes thatsächlich ein sehr enges Anwendungsgebiet haben. Immerhin ist schon dieses Zugeständniss sehr erfreulich.

Wie ist der Verfasser auf den Gedanken gekommen? Der Verdacht, dass dies auf Grund selbständigen civilpolitischen Denkens geschehen ist, wäre an sich wenig wahrscheinlich und wird durch die Motive beseitigt. Dort heisst es:

„Die Bestimmung des § 1698 Satz 2, welche sich der Preuss. Vorm. O. § 33 Abs. 3 anschliesst (vgl. auch preuss. A. L. R. II. 18 § 262; sächs. G. B. § 1956; weimar. Ges. v. 27. März 1872 § 70; bayr. Entw. Art. 46), beruht auf dem Gedanken, dass zwar die Regel der Unentgeltlichkeit der von dem Vormunde geleisteten Dienste festzuhalten, es aber billig ist und auch im eigenen Interesse des Mündels liegt, für solche Fälle eine

---

1) Die Bestimmung ist bei der zweiten Lesung nur dahin modifizirt worden, dass die Worte: „finden die Vorschriften der §§ 594, 595“ durch die Worte: „finden die Vorschriften der §§ 600, 601 (II. Les.)“ ersetzt sind (vgl. „Vorläufige Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung“).

Ausnahme anzuerkennen, in welchen der Vormund eine Vergütung für geleistete Dienste auch von einer jeden anderen Person zu fordern berechtigt sein würde."

Es handelt sich also um einen aus der preuss. Vormundschaftsordnung in den Entwurf aufgenommenen Satz, wobei die Motive (oder genauer die Worte der Entschuldigung wegen der Einführung einer solchen positiven Ausnahme vom allgemeinen Prinzip) klar zeigen, dass von einer bewussten Erfassung und Verwerthung des guten Beispiels des preuss. Rechtes keine Rede sein konnte. Der Verfasser betrachtet die Bestimmung als eine Ausnahme von der Regel der Unentgeltlichkeit der Vormundschaftsführung. Prima facie könnte man daraus schliessen, dass er den Sinn des von ihm vorgeschlagenen Satzes missverstanden hat. In dem § 1698 handelt es sich ja um den Ersatz der Verwendungen. Was hat dieser mit der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit zu thun? Der Besitz einer fremden Sache ist gewiss kein entgeltliches Dienstverhältniss. Der Besitzer bekommt für die Erfüllung seiner rechtlichen Pflichten in Bezug auf die fremde Sache keinen Lohn. Der Ersatz der impensae findet aber auch beim Besitz der fremden Sachen statt. Indessen erscheint es ganz unglaublich, dass der Gesetzgeber die Leistung eines Entgeltes, eines Lohnes vom Ersatz der Verwendungen zu unterscheiden nicht im Stande wäre. Sein Gedankengang ist vielmehr der folgende: Die vom Verwalter fremden Vermögens geleisteten Dienste sind in Wirklichkeit keine Verwendungen. Vom Standpunkt des Impensenersatzes an sich könnte der Vormund wegen der geleisteten Dienste nichts beanspruchen. Es bleibt nur der Ausweg, das Prinzip der unentgeltlichen Verwaltung theilweise zu opfern und dem Vormund für gewisse Dienste einen Lohn auszusetzen. Dieser Anschauung entspricht die Fassung des § 1698: „Als Aufwendungen gelten auch solche . . . geleistete Dienste", d. h. die geleisteten Dienste sind in Wahrheit keine Verwendungen; im betreffenden Falle wird aber eine gesetzliche Fiktion eingeführt, wonach die geleisteten Dienste als Verwendungen zu gelten haben, damit dem Vormund auf diesem Umwege ein Lohn verschafft wird. Diese Auffassung ist zwar vom Standpunkt der juristischen Logik annehmbar; dann erscheint es aber vom social-wirthschaftlichen Standpunkt aus sehr eigenthümlich, dass der Verfasser die operae hominis als Aufwendungen nicht betrachtet. Die römischen Juristen haben einer mehr vorgeschrittenen Anschauung gehuldigt.

Was die Beschränkung der Vergütung auf diejenigen Dienste, welche dem Gewerbe oder Berufe des Vormundes angehören, betrifft, so wird sie durch die Motive eher kompromittirt als gerechtfertigt. Zunächst entsteht die Frage, warum die Belohnung nur in solchen Fällen billig ist, „in welchen der Vormund eine Vergütung für geleistete Dienste auch von jeder anderen Person zu fordern berechtigt sein würde". Wenn der Vormund zwar nicht solche operae geleistet, welche zu seinem Gewerbe gehören, wohl aber für eine Zeit seine Erwerbsthätigkeit unterbrochen hat, so ist es ein Räthsel, warum es nicht billig wäre, ihm auch in diesem Falle eine Vergütung zu gewähren. Ueber die Billigkeitsgefühle ist indessen nicht zu streiten. Aber auch vom logischen Standpunkt scheint uns die Argumentation unhaltbar zu sein. Kann denn der Vormund von dritten Personen nur für solche Dienste eine Vergütung fordern, welche zu seinem Berufe oder Gewerbe gehören? Man sollte doch meinen, dass der Vormund von „einer jeden dritten Person eine Vergütung zu fordern berechtigt sein würde", wenn er mit dem Dritten einen entgeltlichen Dienstvertrag geschlossen und die bedungenen Dienste geleistet hätte, ganz unabhängig davon, ob die betreffenden Dienste zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören. Andererseits könnte er von keiner dritten Person eine Vergütung fordern, wenn er eine unentgeltliche Dienstpflicht übernommen hätte, wiederum ganz unabhängig davon, ob die betreffenden Dienste zu seinem Beruf gehören oder nicht. Der Verfasser scheint also übersehen zu haben, dass der Lohnanspruch des Vormundes gegen dritte Personen nichts mit der Frage zu thun hat, ob es sich um berufsmässige oder nicht berufsmässige Dienste handelt.

Die Beschränkung der Vergütung auf die zum Gewerbe des Vormundes gehörenden Dienste kann durch die Argumentation des Verfassers nicht erklärt werden; sie ist unbewussten Ursprunges und als solche vom psychologischen Standpunkt eine höchst interessante Erscheinung. Hier hat dasjenige Princip nach Verwirklichung gerungen, welches wir oben aufgestellt haben, nämlich, dass beim Ersatz des geopferten quaestus die „technische Mitarbeit" von der „Unternehmerleitung" zu unterscheiden ist. Durch das richtige Taktgefühl geleitet, hat der preussische Gesetzgeber erkannt, dass nicht alle vom Vormund geleisteten Dienste zu vergüten sind; das Princip ist aber nicht zum vollkommenen Ausdruck gelangt. Anstatt der Unterscheidung, ob die geleisteten Dienste sich als technische

Mitarbeit oder als allgemeine Direktive der Vermögensangelegenheiten, zu welcher der Vormund ohne jeden Ersatzanspruch ex officio verpflichtet ist, darstellen, hat man in der preuss. Vorm.O. ein konkretes und sehr nahe liegendes Merkmal aufgestellt, wonach die operae zum Gewerbe des Vormundes gehören sollen. Der Verfasser des Entwurfes hat dies nicht verstanden; darum konnte es ihm auch nicht gelingen, eine befriedigende Erklärung in den Motiven zu liefern.

Um eine civilpolitisch sachgemässe Regelung des Ersatzes des geopferten quaestus zu erzielen, ist der Entwurf in folgenden Punkten zu ändern:

1. Anstatt der Unterscheidung zwischen den Diensten, welche zum persönlichen Gewerbe oder Berufe des Verwalters gehören, ist der oben dargestellte Gegensatz zwischen der allgemeinen Leitung der Vermögensangelegenheiten und der technischen Mitarbeit einzuführen.

2. Anstatt des üblichen Lohnes für die geleisteten Dienste (Entgelt) ist dem Verwalter der quaestus, qui ei propter impensam abest, zu prästiren (Impensenersatz). Die civilpolitischen Gegensätze der beiden Methoden zeigen folgende Beispiele:

a) Der Vormund unterbricht in Interessen des Mündels seine gewöhnliche Erwerbsthätigkeit (beliebiger Art), welche ihm 5000 jährlich bringt, um eine technische Funktion in der Wirthschaft des Mündels zu besorgen, welche im Falle eines Dienstvertrages mit 3000 jährlich belohnt wird. Nach unserer Theorie bekommt der Vormund 5000, nach der Lohntheorie bekommt er nur 3000. Unsere Theorie ist civilpolitisch darum angemessener, weil sie bei der vorausgesetzten Kategorie der Thatbestände den Vormund von der persönlichen Mithilfe nicht abschreckt, welche Wirkung die Lohntheorie ausübt. Selbstverständlich setzen wir voraus, dass die Verwendung der operae im vollen Umfange gerechtfertigt war (vgl. oben §§ 8, 16). Der Vormund soll nach allgemeinen Grundsätzen erwägen, ob die Interessen des Mündels sein Betragen rechtfertigen. Prima facie möchte man meinen, dass die Handlungsweise des Vormundes im obigen Beispiele ungerechtfertigt ist: er hat dem Mündel 3000 erspart und fordert von ihm 5000 ersetzt. Indessen kann dieser Schluss sehr oft sich als unzutreffend erweisen, z. B. der Vormund konnte einen anderen tüchtigen Gutsverwalter etc. eine Zeit lang nicht finden; seine persönliche Anwesenheit bei der Wirthschaft des Mündels war so wichtig, dass

2000 Mark mehr Kosten nicht in Betracht kamen; bei der misslichen Vermögenslage des Mündels war es unmöglich, einen Gutsverwalter zu bezahlen etc. etc. Wir erinnern an den Satz: „si exegit a debitore suo quis (mandatarius) et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum erit rationem eius rei haberi“ (vgl. oben S. 164).

b) Es kann umgekehrt vorkommen, dass der übliche Lohn für die entsprechende technische Arbeit mehr beträgt als der dem Geschäftsführer entgangene Arbeitsverdienst. In solchen Fällen erweist sich die Ersatztheorie darum besser als die Lohntheorie, weil sie keine eigennützigen Versuchungen für den Geschäftsführer schafft. Auf Grund der Lohntheorie kann der Vormund für sich aus der Vormundschaft Kapital schlagen (Demoralisation des Geschäftsführers, Gefahr für den Geschäftsherrn, vgl. oben S. 110 fg.).

3. Der Ersatz des geopferten quaestus ist als ein allgemeines Princip anzuerkennen, und zwar ist ihm nicht nur bei den Verwaltungsverhältnissen, sondern auch in den Fällen des grundlosen Habens (oben S. 33) Geltung zu verschaffen.

---

§ 34. Honorar.

Wenn wir den Thatbestand der l. 26 § 8 D. cit. (oben S. 354) dahin ändern, dass der Auftraggeber mit seinem Freund faber im Voraus nach ungefährer Schätzung festgestellt hat, welche Opfer dem faber das fabricam docere des Sklaven verursachen wird, wenn sie z. B. angenommen haben, dass der dem faber in Folge des Zeitverlustes entgehende Arbeitsverdienst ungefähr 20 monatlich betragen wird, und auf Grund dieser Schätzung dem faber eine certa summa, z. B. gerade 20 oder 15 (amicitia) monatlich versprochen wurde, dann quid iuris? Es fragt sich, wie die Natur des Vertrages und der versprochenen certa summa zu qualificiren ist. Wir glauben, dass diese im Voraus vertragsmässig geschehene Taxation der Entschädigung für die Mühe und den Zeitverlust das mandatum in die locatio-conductio nicht verwandelt. Das Versprechen der certa summa widerspricht in unserem Falle keineswegs dem Grundsatz: nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet.[1] Es ist klar, dass der geschlossene Vertrag originem ex amicitia trahit, keineswegs aber vom faber des pekuniären Gewinnes wegen eingegangen ist. Besonders wenn der faber weniger bekommt, als seine Opfer betragen, kann davon keine Rede sein, dass das Versprechen der certa summa gegen den Grundsatz der Unentgeltlichkeit des mandatum verstösst. Es ist auch leicht einzusehen, dass die Anwendung der positiven Rechtssätze über das mandatum auf unsere species facti viel sachgemässer wäre als die Behandlung derselben nach den Regeln der locatio-conductio. Der Auftraggeber will

1) l. 36 § 1 D. h. t.

aus irgend welchem Grunde den Auftrag widerrufen, z. B. weil seine Vermögensverhältnisse sich geändert haben oder weil es nach eingetretenen Thatsachen für ihn lästig wäre, einen Freundschaftsdienst vom faber anzunehmen. Wenn wir unsere species facti als mandatum qualificiren, so ist dies zulässig. Wenn wir dagegen eine locatio-conductio als vorhanden annehmen, so braucht der faber den Widerruf nicht anzuerkennen und kann die Bezahlung der certa summa weiter fordern. Die Anwendung dieses Satzes auf den vorausgesetzten und gleiche Thatbestände wäre aber vom civilpolitischen Standpunkt ganz verkehrt. Ein solches Recht führt sittlich-pathologische Erscheinungen nothwendig herbei. Beim Abschluss des Vertrages hat der faber die Rolle eines uneigennützigen Freundes gespielt. Er hat dem Auftraggeber gesagt, dass die Ausführung des Mandates ihm selbst 20 kosten wird, dass er aber aus Freundschaft nur einen Theil davon ersetzt haben will. Wenn das wahr wäre, wenn er wirklich aus Freundschaft den Auftrag übernommen hätte, so hätte er auch keinen vernünftigen Grund, sich gegen den Widerruf des Auftrages aufzulehnen. Da er dies nunmehr thut, so entsteht der dringende Verdacht, dass er beim Abschlusse des Vertrages Komödie gespielt, dass ihn gewinnsüchtige Motive geleitet haben, dass das Ausbedingen der certa summa in Wahrheit ein vortheilhaftes Geschäft für ihn war und dass er jetzt nicht geneigt ist, diesen Vortheil sich entgehen zu lassen, auch wenn für seine Gegenpartei ein grosser Schaden entstünde. Der bekämpfte Rechtssatz ist also politisch verwerflich, weil er unsittliche Täuschungen ermöglicht und begünstigt. Er ermöglicht dem Wolfe zum Zwecke der besseren Ausbeutung anderer im Schafpelz aufzutreten. Das lügenhafte Vorspiegeln eines uneigennützigen Freundschaftsdienstes, des Willens, seine eigenen Interessen zurückzusetzen und die Interessen des Freundes zu wahren, ist ein narkotisches Mittel, welches die Aufmerksamkeit der Gegenpartei einschläfert und zu deren Ausbeutung führt. Die sachgemässe Civilpolitik räth entschieden an, den Uebernehmer des Auftrages nach seinem Betragen beim Abschluss des Vertrages, nach den von ihm bekundeten Absichten zu behandeln. Ging die Vertragsabsicht dahin, dass eine unentgeltliche Gefälligkeit erwiesen werden, dass die versprochene Summe nur einen Ersatz der Unkosten bilden soll, so muss sich der Uebernehmer des Auftrages auch den Nichtersatz dieser Unkosten ge-

fallen lassen, wenn sie in Folge des Widerrufes des Auftrages nicht entstehen. Wenn dagegen die Parteien eine locatio-conductio beabsichtigen, d. h. wenn es aus den Umständen des Falles ersichtlich ist, dass es sich um entgeltliche Dienste handelt, dass die Dienste wegen des erwarteten Gewinnes der certa summa versprochen worden sind, so ist der oben angeführte civilpolitische Grund für die Gestattung des Widerrufes nicht vorhanden. Hier weiss der Miether, dass seine Gegenpartei beim Abschluss des Vertrages für ihre eigenen Erwerbsinteressen sorgt, dass sie egoistisch handelt, darum wird er seinerseits seine eigenen Interessen aufmerksam wahren. Hier entsteht ein ökonomischer Kampf, welcher die Ausbeutung unter der Maske der Freundschaft psychologisch hindert.

Wir nehmen also an, dass der Vertrag des faber mit seinem amicus auch dann mandatum bleibt, wenn eine certa summa als Ersatz für den geopferten quaestus im Voraus versprochen ist. Jetzt fragt es sich, welche juristische Natur diese certa summa hat. Sie ist keine merces im Sinne der locatio-conductio, keine Gegenleistung, welche mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit unvereinbar wäre. Sie ist auch keine merces im Sinne der Entscheidung von Paulus in der l. 26 § 8 mand. Denn diejenige merces, welche Paulus erwähnt, beruht nicht auf dem Vertrag, sondern auf dem officium iudicis; sie wird nicht im Voraus, sondern nachträglich ermittelt; sie ist kein certum, sondern ein incertum, welches erst nach den vorgenommenen impensae operarum nach den wirklich eingetretenen Thatsachen objektiv ermittelt und geschätzt wird. Die Prästation unserer certa summa ist eine eigenartige Erscheinung, welche ebensowenig mit einer Gegenleistung bei einem Tauschgeschäfte, wie mit der officio iudicis eintretenden Schätzung und Prästation des geopferten Arbeitseinkommens identisch ist. Unsere Quellen kennen nun ausser der merces als Gegenleistung und der merces als Ersatz des geopferten quaestus noch eine dritte Art der Vergütung für die geleisteten oder zu leistenden Dienste. Dies ist das schon oben erwähnte Honorar. Das Honorar des römischen Rechtes bezweckt nicht einen Vortheil, ein lucrum, dem Honorarberechtigten zu verschaffen. Dies sprechen die Quellen ganz klar aus, indem sie im Versprechen eines Honorars keinen Widerspruch gegen das Prinzip erblicken: non etiam tu ad idem dispendium deduceris. sed nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet (l. 36 § 1 mand.).

Wir betrachten daher folgenden Schluss aus unseren Quellen als logisch zwingend:

Wenn das Honorar dem Empfänger kein lucrum, kein compendium zu verschaffen bezweckt, so enthält dasselbe nur die Minderung oder Beseitigung des dispendium. Eine Vermögenszuwendung in Folge eines Verhältnisses muss die Beseitigung eines in Folge des Verhältnisses entstehenden Minus bewirken, wenn sie die Entstehung eines Plus im Vermögen des Empfängers nicht bewirkt. Ein Drittes giebt es nicht. Durch diese Ersatznatur unterscheidet sich das Honorar von der merces im Sinne der loc. conductio.

Aber auch mit der merces im Sinne des officio iudicis eintretenden Ersatzes für den geopferten quaestus ist das Honorar nicht identisch. Denn die Pflicht, das Honorar zu zahlen, beruht auf dem Parteiwillen (vgl. l. 1 C. mand. 4, 35: de salario quod promisit, l. 7 D. mand.: salarium procuratori constitutum), welcher auch die Höhe des Honorars bestimmt:

Salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur neque iudicio mandati, ut salarium tibi constituat (l. 56 § 3 D. mand. 17, 1).

Salarium incertae pollicitationis peti non potest (l. 17 C. mand. 4, 35).

certum solacium ei constitutum (l. 33 § 3 D. de adm. et per. 26, 7).

Darnach ist die certa summa, welche in unserem hypothetischen Falle dem faber versprochen wurde, als Honorar zu qualificiren.

Das Honorarversprechen enthält eine im Voraus geschehene Taxirung des Ersatzes für den geopferten quaestus.

Natürlich können die Parteien bei der Feststellung des Honorars auch andere mit den übernommenen Pflichten verbundene Vermögensopfer in Betracht ziehen, die Summe des Honorars entsprechend erhöhen und bestimmen, dass das Honorar auch diese anderen impensae decken soll:

si (procurator) ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit et hoc convenit, ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario (l. 10 § 9 D. mand.).

Sumptuum, qui bona fide in tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet, nisi ab eo qui eum dat certum solacium ei constitutum est (l. 33 § 3 D. de adm. et per. 26, 7).

Wenn ein solcher Parteiwille nicht vorliegt, so sind die Verwendungen nach allgemeinen Grundsätzen zu behandeln (l. 1 C. mand.). Auch wenn die Parteien verabredet haben, dass das certum solacium einen Ersatz nicht nur für die verlorene Zeit und Mühe (laboris remuneratio l. 7 D. mand.), sondern auch für andere mit den übernommenen Pflichten verbundene Opfer bilden soll, so kann doch der Ersatz der impensae officio iudicis eintreten. Das Honorar deckt nur diejenige Kategorie der impensae, an welche die Parteien bei der Feststellung des Honorars gedacht haben (l. 10 § 9 D. mand. cit.). Darum kann auch der Ersatz des geopferten quaestus trotz der Bestimmung eines Honorars eintreten. Wenn z. B. Jemand den Auftrag übernimmt, eine allgemeine Leitung der Geschäfte des Auftraggebers während einer gewissen Zeit zu besorgen, und dafür ein Honorar bekommt, [1] so kann er den Ersatz des geopferten Arbeitseinkommens neben dem Honorar bekommen, wenn er nicht nur die allgemeine Unternehmerleitung besorgt, sondern auch im Interesse des Auftraggebers eine technische Funktion, z. B. die eines Mechanikers in der Wirthschaft des Geschäftsherrn, freiwillig (ohne dazu nach dem Sinne des Kontraktes verpflichtet zu sein) erfüllt. —

Da das Honorar so zu sagen ein specificirter Ersatz des geopferten Arbeitseinkommens ist, so dass sein Wesen nur vom Standpunkt dieses Institutes verstanden werden kann, unsere Literatur aber das Institut des Ersatzes des geopferten Arbeitseinkommens übersieht, so ist es eine ganz natürliche und erklärliche Erscheinung, dass die Feststellung des Wesens des Honorars der gemeinen Lehre grosse Schwierigkeit bereitet. Um den scheinbaren Widerspruch zwischen dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Mandates und der Zulässigkeit eines Honorars zu lösen, sind folgende Erklärungen vorgeschlagen worden: [2]

1. „Der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich, doch verträgt er nicht bloss ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern

1) Die Möglichkeit eines Honorars als Entschädigung für die allgemeine Leitung der Wirthschaft widerspricht selbstverständlich nicht dem oben aufgestellten Satz, wonach de jure der in Folge der Unternehmerleitung entgangene questus nicht ersetzt wird.

2) Vgl. Loewenfeld, Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches. S. 882 fg.

auch das Versprechen eines Honorars“ (Windscheid II § 409 zur N. 6 und 7). Dies paraphrasiren die Motive zum Entwurf (II S. 527, 528) auf folgende Weise: „Die Unentgeltlichkeit der Auftragsvollziehung bildet kein wesentliches Requisit des Auftragsvertrages, wenn auch darin, dass Dienste unentgeltlich zu leisten sind, in concreto immerhin ein wichtiges Moment für die Annahme eines Auftragsverhältnisses liegen mag. Hierin stimmt der Entwurf mit der bestehenden Gesetzgebung überein, welche, wenn sie auch zum Theil hervorhebt, dass das Mandat an sich unentgeltlich sei, doch zugleich ausspricht oder so zu verstehen ist, dass durch die Vereinbarung einer Vergütung an dem Wesen des Mandates nichts geändert wird. Diesen letzteren Gedanken bringt der Entwurf (§ 586 Satz 1) zum klaren Ausdruck.“

Darnach besteht zwischen der Dienstmiethe und dem Mandat nur der Unterschied in Bezug auf die Entgeltlichkeit, dass diese bei der locatio-conductio essentiale negotii, bei dem Auftrag nur accidentale negotii ist. Die Unzulänglichkeit dieser Anschauung hat Loewenfeld (a. a. O. S. 858 fg.) scharfsinnig und überzeugend dargethan. Insbesondere hat er darauf aufmerksam gemacht, dass nach dieser Theorie und dem ihr folgenden Entwurfe (erste Lesung) kein Unterschied zwischen dem (im konkreten Falle) entgeltlichen Auftrag und der Dienstmiethe zu finden ist. Für die Behandlung des Auftrages stellt aber der Entwurf, ebenso wie das römische Recht, andere Regeln auf, als für die Behandlung der locatio-conductio. Es bleibt räthselhaft, nach welchen Grundsätzen zu entscheiden ist, ob ein Thatbestand als mandatum oder als locatio-conductio zu behandeln ist.

2. „Unentgeltlich ist die Dienstleistung des Mandates trotz scheinbaren Gegentheiles fort und fort geblieben. Zwar kommt es vor, dass Mandatare um ihrer Dienstleistungen willen „remunerirt“ oder „honorirt“ werden, dass ein Honorar ausbedungen und eine Klage darauf gewährt wird: allein solche Remunerationen oder Honorare sind kein einem marktgängigen Tauschwerthe des Dienstes entsprechender Lohn (merces), sondern eine sich nicht auf Worte beschränkende Dank- oder Ehrerweisung für die Wohlthat einer Dienstleistung, deren Werth in Geld nicht abzuschätzen ist.“ (Brinz, Pand. II § 334 zu Noten 6—9, vgl. Dernburg II § 115 zu Noten 10—12). Diese Theorie enthält einen wichtigen Fortschritt gegenüber der herrschenden, weil sie den in den Quellen klar und deutlich ausgesprochenen Grundsatz, dass die Unentgelt-

lichkeit zum essentiale des mandatum gehört, nicht leugnet. Indessen macht Loewenfeld (a. a. O. S. 884) auch gegen diese Theorie folgende beachtenswerthe Erwägungen geltend: Nach den Quellen kann das Mandat auch gewöhnliche, keineswegs zu den operae liberales zählende Arbeiten (wie z. B. die Arbeiten von Flickschneidern und Tuchwalkern) zum Gegenstand haben. „Nirgends ist aber gesagt, dass bei derartiger keinesfalls liberaler Mandatsarbeit nicht etwa ein Honorar möglich war, welches dann natürlich nicht als „Dank- und Ehrerweisung“ für eine „in Geld nicht schätzbare Arbeit“ erachtet werden konnte. Die vereinbarte und vorher bedungene „Dank- und Ehrerweisung“ für eine solche gewöhnlich zu bestimmtem Preise verdungene Arbeit sieht aber unleugbar dem Lohn, der richtigen merces, so ähnlich, dass die Unterscheidung, wenn sie nicht anders begründet werden kann, doch wieder auf einen blossen Wortunterschied hinausläuft und damit sachlich die Unentgeltlichkeit des Mandates sehr zweifelhaft würde.“

3. Nach Loewenfeld (S. 885 fg.) ist das Honorar „eine Sustentation zum Zweck der Ermöglichung des Dienstes.“ Als Grund der Unentgeltlichkeit des Mandats wird angegeben, dass das letztere „originem ex officio atque amicitia trahit“. Ein Fall des officium ist z. B. das Verhältniss des vormaligen Sklaven zu dem Herrn, welcher ihm die Freiheit geschenkt, und als Dank hierfür von ihm, dem Freigelassenen, Ehrung, Treue und Dienste auf Grund einer bloss „natürlichen“ Verpflichtung, keiner obligatio, verlangen kann. Zu den Diensten, den „operae officiales“ des Freigelassenen gehört insbesondere die Uebernahme und Ausführung von Mandaten. Diese Dienste ist der Freigelassene dem Patron „natürlich“ schuldig und darum kann der letztere sie nicht bezahlen. Hiermit ist aber vereinbar, dass der Patron den Libertus im Dienste nicht hungern lassen darf. Er muss ihm entweder die zum Erwerb nöthige Zeit gönnen oder ihn selbst sustentiren. Wählt er das letztere, so ist selbstverständlich, dass weder die Naturalalimentation, noch die diese sehr häufig vertretende Gewährung eines Salars oder Honorars eine Bezahlung für den nothwendig unentgeltlichen Dienst darstellen, sie sind vielmehr lediglich eine Sustentation zum Zweck der Ermöglichung des Dienstes, und dies von Rechtswegen. Es ist selbstverständlich, dass überall, wo das Mandat auf Grund eines bestehenden officium übernommen wird, dieselbe Auffassung zu gelten hat (S. 885). Aber das Mandat wird nach l. 1 D. 17, 1 auch auf Grund einer

„amicitia“ zwischen den Parteien des Vertrages übernommen. Auch wer als „Freund“ für einen Anderen einen Dienst übernimmt, thut dies nicht um einer Gegenleistung willen. Auch in diesem Fall konnte und kann die vom Entgeltsmotiv freie Widmung zum Dienste eines Anderen durch eine Sustentation in Gestalt von Salar oder Honorar ermöglicht oder erleichtert werden. Der Mandant ist bei der Mandatsübernahme auf Grund einer amicitia so wenig, wie beim Mandat ex „officio“, verpflichtet, eine Sustentation zu gewähren, wie sich dies schon aus dem angegebenen Zweck der Sustentation, Ermöglichung oder Erleichterung des von ihm freiwillig übertragenen Dienstes, ergiebt. Nur kann ohne Sustentation je nach den Verhältnissen des ausersehenen Mandatars von diesem unter Umständen der Dienst nicht übernommen werden, weil er während der Mandatsführung nichts zum Leben hätte (S. 886). Sonach ist das Honorar oder Salar kein Lohn, keine Gegenleistung, sondern nur ein „Werkzeug, welches vom Arbeitsherrn dem Mandatar zum Zweck der Ermöglichung der Arbeit geliefert wird“; die unentgeltlich übernommene Arbeit wird dadurch ermöglicht, „dass der Arbeitsherr dem Mandatar während der Arbeit das Leben fristet“ (S. 887).

Auch die Theorie von Loewenfeld scheint uns keine befriedigende Erklärung des Wesens des Honorars zu gewähren. Gegen dieselbe sprechen u. E. folgende Umstände:

a) Wenn das Honorar seinem Wesen nach ein „Werkzeug“ zur Ausführung der Arbeit wäre, so müsste dasselbe dem Mandatar vor der Ausführung der Arbeit geliefert werden. Es wäre wenig sachgemäss, dasjenige, was lediglich als ein Mittel zur Erlangung eines Zweckes fungiren soll, Jemandem dann zu liefern, wann der Zweck schon erreicht, wann die Arbeit schon ausgeführt ist. Messer und Gabel sollen vor dem Essen, nicht aber nach demselben gegeben werden. Von diesem Standpunkt wäre die Klage auf das versprochene Honorar ein nutzloses und unerklärliches Institut. Vor der Ausführung der Arbeit kann das Honorar nicht wirksam eingeklagt werden, weil dem Mandanten der Rücktritt frei steht. Nach der Ausführung der Arbeit hätte die Klage keinen Sinn, weil sie auf die Erlangung der Werkzeuge zur Ausführung einer Arbeit, welche nicht mehr auszuführen ist, gerichtet wäre.

b) Es ist zuzugeben, dass die Theorie von Loewenfeld dem Honorar auf eine sehr vollkommene Weise die Natur des Entgeltes entzieht. Wenn der Mandatar ein Honorar annimmt, so verfolgt

er keineswegs seine eigenen egoistischen Interessen, sondern vielmehr die Interessen des Geschäftsherrn. Wenn dieser das Honorar dem Mandatar gewährt, so handelt er ebenso in seinen eigenen Interessen, als wenn er seine Arbeitsthiere füttert oder seine Sklaven alimentirt. Das Princip: „mandatum debet esse gratuitum" wird in der höchsten Potenz verwirklicht. Der Mandatar macht sich zum selbstlosen Werkzeug des amicus. Gerade aber darin, dass Loewenfeld die Interessen des Mandatars auf eine Null reducirt, dass er die Interessen des Geschäftsherrn als allein massgebend betrachtet, liegt die Schwäche seiner Theorie. Auch von diesem Standpunkt stellen wir die Frage auf, wie ist die civilrechtliche Klage des Mandatars gegen den Geschäftsherrn zu erklären? Nach unserer Theorie ist diese Klage sehr erklärlich; denn wir verneinen zwar das Interesse des Mandatars auf die Erlangung eines compendium, eines lucrum aus dem Mandat, wir lassen aber sein Interesse auf den Ersatz des dispendium, auf den Ersatz für die geopferte Arbeitszeit und Mühe (auf den Ersatz des geopferten quaestus) bestehen. Dies ist der Boden, welchen unsere Theorie für die civilrechtliche Klage gewährt. Nach Loewenfeld existirt eine solche Rechtfertigung der Klage nicht. Darnach würde der Mandatar gegen den Geschäftsherrn nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse des Geschäftsherrn klagen, was eine civilrechtliche Monstrosität wäre. Um die unentgeltliche Natur des honorirten Mandates klar zu machen, stellt Loewenfeld das Honorar mit den vom Arbeitsherrn dem Mandatar gelieferten zur Ausführung der mandirten Arbeiten nöthigen technischen Instrumenten zusammen (S. 887). Diese Zusammenstellung veranschaulicht ebenso vollkommen den Sinn und die Tragweite seiner Theorie wie die oben angedeutete schwache Seite derselben. Wenn der Arbeitsherr dem Mandatar die zur Ausführung der Arbeit nöthigen technischen Werkzeuge zu liefern versprochen hat und die Lieferung verzögert oder verweigert, würden wir dann dem Mandatar eine Klage auf die Lieferung der Werkzeuge gewähren können? Dies ist kaum anzunehmen. Eine solche Klage würde bedeuten, dass der Mandatar den Arbeitsherrn zur Annahme der mandirten Dienste zwingen, dass er ihm ein beneficium gewaltsam aufdrängen will. Eine Klage auf die Ermöglichung der Ausführung einer unentgeltlichen Gefälligkeit gegen den Destinatar des beneficium bedeutet eine Klage ohne das Interesse des Klägers und im Interesse des Beklagten. Wenn der Mandant die versprochenen zur Ausführung des Mandates nöthigen

Werkzeuge verweigert, so bleibt dem Mandatar vielmehr nichts übrig, als die Ausführung der Arbeit zu verschieben oder definitiv zu unterlassen (Rücktritt) oder, wenn er noch eine Gefälligkeit erweisen will, die nöthigen Werkzeuge seiner eigenen Wirthschaft oder anderen Quellen zu entnehmen. Wenn das Letztere geschieht, so kann der Mandatar auch nach der Ausführung der Arbeit nicht auf die Lieferung der versprochenen Werkzeuge klagen. Für eine solche Klage lässt sich weder das Interesse des Mandatars noch das Interesse des Mandanten anführen; nur der Zweck der Chikane bleibt übrig. Der Mandatar hat vielmehr in unserem Falle eine Klage auf die Rückgabe der verwendeten Kapitalien und Ersatz der geopferten Einkünfte. Wenn er seine eigenen Pferde oder Maschinen zum Zweck der Ausführung des Mandates gebraucht hat, so bekommt er die mercedes rerum, quae ei propter impensam absunt. Wenn er mit eigenem Getreide das Feld des Mandanten besäet hat, so bekommt er das geopferte Kapital mit den usurae absentes. Wenn der Arbeitsherr zum Zweck der Ausführung der mandirten Arbeit seine technische Mitarbeit oder die Gewährung der operae eines Sklaven versprochen hat und der Mandatar die entsprechende technische Arbeit in Folge der Nichterfüllung des Versprechens seitens des Arbeitsherrn persönlich ausgeführt hat, so bekommt er die mercedes, quae ei propter impensam operarum absunt. Kurz, nur unsere Theorie des Ersatzes des dispendium, nicht aber die Theorie der Lieferung von Mitteln zur Ausführung der mandirten Arbeit hat eine gesunde Begründung in der socialwirthschaftlichen Natur des Mandates.

c) Die Theorie des Honorars von Loewenfeld ist uns an sich, vom abstrakt-ethischen Standpunkt, in hohem Masse sympathisch. Die Empfänger des Honorars setzen ihre Interessen und ihre Persönlichkeit aus amicitia oder anderen altruistischen Rücksichten vollkommen zurück. Allein, wenn man ein Ideal anstrebt, muss man sich vor dem Optimismus hüten. Das Honorar ist eine Erscheinung der realen Socialwelt. Hier erweist sich die Theorie der Sustentation zum Zweck der Ermöglichung von altruistischen Handlungen als eine optimistische Fiktion. Sie entspräche der Wahrheit nur dann, wenn die Honorare nur von denjenigen empfangen würden, welche mittellos sind, und nur in dem für die Wahrung der altruistischen Zwecke nöthigen Umfange. Wie wenig dies wirklich zutrifft, brauchen wir nicht zu schildern.

d) Auch die römischen Juristen haben das Honorar nicht als

eine zur Ausführung des Mandates nothwendige Alimentirung, sondern als eine Entschädigung für die mit dem Mandat verbundenen Opfer aufgefasst. Dies ersieht man daraus, dass sie das Honorar als eine remuneratio, laborem remunerare (l. 6 pr. D. mand.: remunerandi gratia honor intervenit; l. 7 eod.: laborem dominus remunerare voluerit) oder als ein solacium (l. 33 § 3 D. de adm. et per. 26, 7: certum solacium ei constitutum) charakterisiren. Wenn sie das Honorar als ein Werkzeug, als ein Mittel zur Ausführung der Arbeit betrachtet hätten, könnten sie unmöglich solche Ausdrücke gebrauchen. Kann man die Lieferung der Arbeitsmittel, der Werkzeuge als eine remuneratio bezeichnen? Wenn ein dominus seinen Arbeitssklaven ernährt oder seine Arbeitsthiere füttert, wird er gewiss von einer remuneratio nicht reden. Die Ausdrücke laboris remuneratio, solacium setzen den labor, das dispendium als das logisch und zeitlich Erste voraus, das Honorar kommt nachträglich zum Zweck der Wiederherstellung des gestörten Gleichgewichts. Zunächst der labor, dann remuneratio. Zunächst das dispendium, dann der Trost, das solacium. Die Theorie von Loewenfeld ergiebt eine umgekehrte Ordnung und darum befindet sie sich mit der Auffassung der römischen Juristen im schroffen Widerspruch. Die Ausdrücke remuneratio, solacium zeigen auch, dass das Honorar nicht im Interesse des Arbeitsherrn, sondern im Interesse des Honorarempfängers geleistet wird. Wenn das Honorar für den Empfänger ein solacium ist, ihm einen Trost und das Gefühl der Befriedigung gewähren soll, so setzt dies voraus, dass die Person des Beauftragten, nicht aber die des Arbeitsherrn in Betracht kommt.

Die römischen Juristen haben natürlich die Thatsache berücksichtigt, dass die unentgeltliche Leistung von Diensten, z. B. bei der tutela, operae liberti, unter Umständen ohne die Gewährung einer Sustentation unmöglich wäre. Es ist aber zu behaupten, dass sie diese Sustentation vom Honorar unterschieden haben. Der Patron war ja de iure verpflichtet, den Freigelassenen während der Dienstzeit zu alimentiren oder ihm eine genügende Zeit zum Erwerb des nöthigen Arbeitseinkommens zu lassen:

Non solum autem libertum... operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda (l. 50 § 1 D. de op. libert. 38, 1).

Suo victu vestituque operas praestare debere libertum Sabinus ad edictum praetoris urbani libro quinto scribit: quod si alere se non possit, praestanda ei a patrono alimenta (l. 18 eod.).

aut certe ita exigendae sunt ab eo operae, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis temporis ad quaestum faciendum, unde ali possit, habeat (l. 19 eod.).

Desgleichen heisst es in Bezug auf die Vormundschaft (l. 1 §§ 6—8 D. de tut. et rat. distr. 27, 3):

Si pupillis tutores pater dedit, inter quos et libertum suum, perque eum voluerit tutelam administrari, et tutores certam summam ei statuerunt, quia aliter se exhibere non poterat, habendam eius rationem quod statutum est Mela existimat (§ 6). Ergo et si ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor eique alimenta statuerint contutores, debebit eorum ratio haberi, quia iusta causa est praestandi (§ 7). Sed et si servis cibaria praestiterit vel libertis, scilicet rei pupilli necessariis, dicendum est reputaturum: idemque et si liberis hominibus, si tamen ratio praestandi iusta intercedat (§ 8).

Daraus ersehen wir klar, dass die römischen Juristen die Sustentation als Mittel zum Zweck der Ermöglichung der Dienste sehr wohl gekannt, rechtlich geregelt, aber weder Honorar genannt, noch als solches behandelt haben. Eine solche Sustentation heisst technisch alimenta und wird nach den Regeln über die Alimente behandelt; insbesondere setzt sie voraus, dass der Destinatar keinen anderen Konsumptionsfond hat (quia aliter se exhibere non poterat, si alere se non possit), sie besteht eben in der Gewährung der zum Lebensunterhalt und zur Ermöglichung des Dienstes nothwendigen Mittel in natura oder in Geld. Solche Voraussetzungen und Beschränkungen sind in Bezug auf das Honorar unbekannt. Die Pflicht zur Zahlung des Honorars an einen Prokurator beruht ferner auf dem Versprechen des Mandanten. Die Pflicht des Patrons, den Freigelassenen während der Dienste zu sustentiren, ist eine rechtliche Pflicht, welche keinen einschlägigen Parteiwillen voraussetzt. Das an einen Vormund zu zahlende Honorar setzt voraus, dass der Erblasser, welcher den Vormund gewählt hat, diesem eine bestimmte remuneratio laboris, ein certum solacium, statuirt hat (l. 33 § 3 D. de adm. et tut. 26, 7). Die Alimentation eines Vormundes, welcher in Interessen des Mündels nicht zu entbehren ist und ohne die Sustentation die Vormundschaft nicht führen könnte, kann durch die contutores be-

schlossen werden. Wohin käme man, wenn man den contutores gestattete, sich gegenseitig remuneratio laboris, solacia, honores zu gewähren! Dies würde das Institut der Vormundschaft demoralisiren.

Obgleich nach dem oben Ausgeführten die Sustentation zum Zweck der Ermöglichung des Dienstes das Wesen des Honorars nicht ausmacht, so ist es doch möglich, dass die Partei, welche das Honorar leistet, durch das Motiv geleitet wird, der Gegenpartei eine Sustentation zu gewähren. Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass Freigelassenen in Rom Honorare von ihren Patronen in der Absicht ausgesetzt wurden, dass dadurch die Alimentation ersetzt wird. Desgleichen kann der Erblasser dem Vormund seines unmündigen Sohnes ein certum solacium zu dem Zweck aussetzen, damit dem Vormund dadurch ein Lebensfond gewährt wird. Auch die Partei, welcher das Honorar versprochen wird, wird unter Umständen das Versprechen nur darum annehmen, weil sie kein anderweitiges Einkommen hat und darum die übernommenen Pflichten ohne die Hilfe eines Honorars nicht erfüllen könnte. Unter Umständen würde ein Mandatar seine Zeit und Arbeit ohne Honorar gern zu Gunsten seines Freundes oder Verwandten opfern, wenn er nicht mittellos wäre.

Die Gewährung und die Annahme eines Honorars kann aber auch aus anderen Motiven erfolgen. Der Mandant kann ein Honorar dem Beauftragten in der Absicht gewähren, um seine Dankbarkeit, welche sich „auf die Worte nicht beschränkt", zu bethätigen. Er schätzt sehr hoch die freundliche Hilfe des Mandatars, er versteht sehr wohl, dass das Honorar keineswegs ein genügendes Aequivalent für die geopferte „theuere" Zeit bildet, immerhin will er nach seinen Mitteln seine Erkenntlichkeit durch das Honorar ausdrücken. Eine solche Psychologie des Honorars trifft besonders häufig dann zu, wenn der Mandatar eine angesehene sociale Stellung hat, wenn er reicher als der Mandant ist, oder wenn seine operae ihm sonst einen grossen Gewinn bringen.

Darum ist die Charakteristik des Honorars von Dernburg (II § 115): — „Honorar ist ... etwas anderes als Lohn; es wird gewährt als Bezeigung der Dankbarkeit, als Anerkennung für die geleisteten Dienste, wie auch als eine Sustentation während der Zeit der Geschäftsbesorgung, nicht aber als Bezahlung" — vollständiger und genauer als die einseitige Hervorhebung der Absicht der Sustentation oder der Bezeigung der Dankbarkeit. Indessen wäre auch diese Charakteristik dem rechtlichen Wesen des Honorars nicht vollständig adäquat, auch wenn sie alle möglichen Motive erschöpfte, welche zur Verabredung eines Honorars führen können. Auch die locatio-conductio operis oder operarum kann von dem Geschäftsherrn in der Absicht geschlossen werden, um der Gegenpartei eine Sustentation zu gewähren, wenn z. B. ein Fabrikant oder ein Gutsbesitzer seinen mittellosen Verwandten bei sich zu dem Zwecke anstellt, um ihm den Lohn zum Zweck des Lebensunterhaltes zuzuwenden. Ebenso kommt es häufig vor, dass Jemand nur darum sich von der Gegenpartei eine merces versprechen lässt (obgleich er gern umsonst eine Hilfe gewähren würde), weil er dazu durch Nahrungssorgen gezwungen wird. Desgleichen enthält oft die merces auch die Bezeigung der Dankbarkeit für treue oder besonders nützliche Dienste.

Dies sind alles Motive, welche das Wesen der merces, als einer Gegenleistung, und der locatio-conductio, als eines Tauschgeschäftes, ebensowenig berühren, wie sie das Wesen des Honorars als eines Ersatzes für die geopferte Zeit und Mühe (quaestus, qui abest) oder das Wesen des Mandates als einseitigen Geschäftes, welches dem Beauftragten keine Gegenleistung, sondern nur Ersatzansprüche im Falle der thatsächlichen Verwendung von Arbeitskraft oder Vermögen sichert, beseitigen.

Ist das Honorar im obigen Sinne nur beim mandatum und tutela möglich, oder kann es auch bei anderen auf die Uebernahme unentgeltlicher Dienste gerichteten Rechtsverhältnissen vorkommen? Dahin gehört insbesondere das depositum. A. will auf 9 Monate verreisen und bittet darum seinen Freund B., den Besitzer einer Pferdepension, um die Verwahrung seines Pferdes während der 9 Monate seiner Reise. B. antwortet darauf, dass er diesen Dienst seinem Freunde mit Vergnügen erweisen will; was die Entschädigung anbetrifft, so will er von seinem Freund als solchem nichts verdienen und darum beansprucht er keinen Lohn im gewöhnlichen Sinne; er wird sich vielmehr mit 20 monatlich, als einem theilweisen Ersatz für die Mühe, Zeitverlust (Füttern, Spazierenführen und dgl.) und sonstige Unkosten begnügen (unter Selbstkosten); von einem Kunden würde er das Doppelte davon

beanspruchen; in diesem Falle wolle er aber kein Erwerbsgeschäft machen, sondern nur einen persönlichen Freundschaftsdienst erweisen. In Folge unerwarteter Ereignisse kommt A. nach einem Monate von der Reise zurück, will dem B. 20 für den verflossenen Monat bezahlen und das Pferd zurücknehmen. „Nein," sagt B., „der Kontrakt war auf 9 Monate geschlossen; mit einer Monatsrate brauche ich mich nicht zu begnügen." Quid iuris? Liegt in unserem Falle eine Miethe und eine Miethszinsschuld oder vielmehr ein unentgeltliches depositum mit Honorar vor? Nach unserer Meinung ist der Kontrakt trotz der versprochenen Vergütung von 20 als depositum zu behandeln, und A. darf nach Bezahlung der ersten Monatsrate das Pferd zurücknehmen.

Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem (vi bonorum raptorum). dicet aliquis: adquin ob rem depositam furti actionem non habemus. sed ideo addidi „si intersit nostra non esse raptam": nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromissi vel p r e t i u m d e p o s i t i o n i s n o n q u a s i m e r c e d e m a c c e p i (l. 2 § 23 D. vi bon. rapt. 47, 8).[1]

Die Römer haben also die Uebernahme einer Sache zur Aufbewahrung trotz des pretium depositionis interveniens doch nicht als Miethe, sondern als depositum betrachtet, wenn dieses pretium depositionis non quasi merces acceptum est. Dies trifft in unserem Falle zu.

Die oben gewonnenen Principien sind u. E. auch bei den Innominatkontrakten, bei welchen es sich um die Uebernahme von Diensten handelt, anzuwenden. Es ist überall zu unterscheiden, ob es sich um ein Erwerbsgeschäft handelt und die Vergütung (z. B. Gewährung einer Wohnung etc.) den Sinn einer Gegenleistung hat, oder ob vielmehr ein unentgeltliches einseitiges Geschäft vorliegt, und die scheinbare Gegenleistung nicht vielmehr den Sinn des Ersatzes hat. In letzterem Falle ist der Rücktritt vom Vertrage zu gestatten.

Die obige Theorie des Honorars beim mandatum, tutela, depositum ist dagegen nicht auf dasjenige salarium zu erstrecken, welches die Beamten vom Staate beziehen, oder diejenigen Re-

1) Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse II § 661, welcher das pretium depositionis als Ersatz der Kosten betrachtet.

munerationen, welche bei der berufsmässigen Ausübung der sog. operae liberales, z. B. der Advokatur, der Medicin, gewonnen werden. Man könnte zwar sagen, dass das Gehalt des Beamten den Zweck hat, den Personen, welche sich dem Staatsdienst widmen, einen genügenden Ersatz für dasjenige Einkommen zu verschaffen, welches sie gewinnen könnten, wenn sie sich einem anderen Beruf, dem Erwerbsleben, gewidmet hätten. Allein eine solche Konstruktion wäre ziemlich werthlos. Das Gehalt des Beamten und die Remuneration bei den operae liberales sind sociale Erscheinungen sui generis, welche sich scharf von einander, ebenso wie von der merces im Sinne der locatio-conductio und vom Honorar im Falle eines vorübergehenden persönlichen Freundschaftsdienstes (mandatum, depositum) oder der ebenso vorübergehenden vormundschaftlichen Thätigkeit unterscheiden. Die Anwendung einer einheitlichen Schablone würde dem Verständniss dieser Erscheinungen und der Auffindung der in Betracht zu ziehenden socialpolitischen Gesichtspunkte eher schaden als nützen. Es ist zwar anzuerkennen, dass das Beamtengehalt und die Remunerationen bei den sog. liberalen Berufen dem Mandatshonorar insofern ähnlich sind, als hier wie dort der Erwerbszweck (die causa lucri faciendi, das Princip do ut des) in den Hintergrund tritt, um den mehr ideellen Rücksichten Platz zu machen. In anderen Hinsichten sind aber diese Erscheinungen mit einander nicht zu identificiren. Die Uebernahme eines Freundschaftsdienstes (mandatum) oder einer Vormundschaft gehört nicht zum ständigen Beruf des Betreffenden, wie die Thätigkeit eines Arztes oder eines Rechtsanwaltes. Während das Honorar beim mandatum und tutela einen Ersatz für die Unterbrechung oder Störung der normalen Berufsthätigkeit des Honorarempfängers bildet, sind die Honorare eines Arztes, eines Rechtsanwaltes normale, berufsmässige Einkünfte. Dieser Gegensatz schliesst die Anwendung der identischen Rechtsregeln aus. Das Honorar beim mandatum muss ausdrücklich versprochen werden. Sonst kann nur der Ersatz des quaestus, qui abest, eintreten. Anders, wenn es sich um das Rechtsverhältniss zwischen dem Arzte und dem Patienten handelt. — Die Analyse des Honorars bei den operae liberales gehört in die Lehre vom Gewinn des Einkommens.

Das Institut des Honorars im E n t w u r f II ist nicht sachgemäss geregelt:

1. M a n d a t u m. Der § 593 des Entwurfes II lautet:

„Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm vom Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.“

Dazu sagen die Protokolle (S. 2288): „Wie der Entwurf neben der entgeltlichen Miethe die unentgeltliche Leihe geregelt habe, so empfehle es sich, neben dem entgeltlichen Dienst- und Werkvertrag den unentgeltlichen Auftrag zu regeln und auf diese Weise klar von einander abgegrenzte Rechtsinstitute zu schaffen. Für das Wesen des Auftrags müsse entscheidend sein, dass er ohne Erwerbung e i n e s A n s p r u c h e s“ (im Text unterstrichen) „auf Vergütung ertheilt und angenommen werde; durch nachträgliche Vergütung der Dienste des Beauftragten werde die rechtliche Natur des Auftragsverhältnisses nicht geändert; wie eine solche Vergütung zu beurtheilen sei, ob als remuneratorische Schenkung oder wie sonst, das brauche im Gesetze nicht entschieden zu werden; Wissenschaft und Praxis würden die richtige Entscheidung zu finden wissen.“

Aus der Zusammenstellung des angeführten § 593 (und der Protokolle) mit den Bestimmungen des Entwurfes II über den Dienst- und Werkvertrag ergiebt sich, dass der Gesetzgeber keinen Unterschied zwischen dem Honorar und der merces im römischen Sinne kennt. Die Thatbestände, welche das römische Recht als mandatum mit Honorar behandelt, gehören nach dem Entwurf nicht zum Auftrag, sondern zum Dienst- resp. Werkvertrag, so dass jede Art der vertragsmässigen[1] „Vergütung“ als Gegenleistung gilt und den Vertrag zum Tauchgeschäft macht. Den Vortheil dieser Regelung erblicken die Protokolle darin, dass auf

1) Die Protokolle heben den Satz hervor, dass die nachträgliche (freiwillige) Vergütung der Dienste des Beauftragten die rechtliche Natur des Auftragsverhältnisses nicht ändert. Dies ist zum Theil selbstverständlich (der Verfasser setzt voraus, dass die „Vergütung“ sich ausser dem rechtlichen Zusammenhang mit dem Auftragsvertrag befindet, dass sie zu den vertragsmässigen Leistungen gar nicht gehört, und konstatirt, dass dadurch die Natur des Vertrages nicht geändert wird, d. h. er giebt keinen neuen Schluss, sondern nur eine Wiederholung der Prämisse), zum Theil irreführend: eine Schenkung oder irgend welcher andere Vertrag zwischen dem Mandatar und dem Mandanten können die Natur des Auftragsvertrages nicht berühren, auch wenn sie nicht „nachträglich“, sondern vor oder während des Dienstverhältnisses geschlossen werden, z. B. X. hat dem Y. in Aussicht gestellt, dass er ihm eventuell einen gewissen Dienst erweisen wird; um seine Freude und Anerkennung für die Liebenswürdigkeit des X. auszudrücken, macht Y. ihm ein Geschenk noch vor dem Abschluss des Auftragsvertrags.

diese Weise klar von einander abgegrenzte Institute geschafft werden. In der That ist es nach dem Entwurfe viel leichter, den Dienstvertrag vom Auftrag zu unterscheiden, als dies nach dem römischen Rechte der Fall war. Wenn irgend welche Vergütung vereinbart ist, so ist kein Zweifel und kein Streit darüber möglich, ob der Fall als Auftrag oder als Dienstvertrag (bezw. Werkvertrag) zu behandeln ist. Die sog. Praktikabilität des Rechtes ist auf diese Weise im hohen Masse erreicht. Eine andere Frage ist, ob das Ergebniss den civilpolitischen Postulaten entspricht. Dies ist zu verneinen. Den Grund haben wir schon oben angedeutet. Das Prinzip des Entwurfes gewährt eigennützigen Leuten die Möglichkeit, ihre Gegenparteien unter der Maske der Liebe und Freundschaft in ein Ausbeutungsnetz zu fangen, somit stiftet es ö k o n o m i s c h e n u n d s i t t l i c h e n S c h a d e n an.[1]

2. D e p o s i t u m. Hier hat der Entwurf bei der Regelung der Entgeltsfrage einen Fehler nach der entgegengesetzten Richtung begangen. Der § 629 des Entw. II (§ 615 E. I) lautet:

„Für die Aufbewahrung kann eine Vergütung vereinbart werden. Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.“

Dazu bemerken die Motive (B. II S. 571), dass die „Unentgeltlichkeit der Verwahrung zwar nach römischem Rechte, nicht jedoch in der Gegenwart ein wesentliches Erforderniss des Hinterlegungsvertrages“ ist.

Ferner bestimmt der Entwurf:

„Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist“ (§ 635 E. II, § 624 E. I).

„Endigt die Hinterlegung vor dem Ablaufe der für sie bestimmten Zeit, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung verlangen, sofern

1) Nach dem § 565 des E. II kann das Dienstverhältniss beim entgeltlichen Dienstvertrage ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn „der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.“ Dadurch wird die schädliche Wirkung der Subsumption der Thatbestände des mandatum mit remuneratio unter die Regeln der locatio-conductio für gewisse Fälle im wesentlichen Punkte neutralisirt, aber eben nur für gewisse Fälle; die Ausnahme macht die schädliche Regel nicht zur sachgemässen.

sich nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung ein Anderes ergiebt" (§ 639 E. II, § 623 E. I).

Die selbstverständliche und überflüssige Bestimmung, dass der Inhalt der Vereinbarung entscheidet, wenn die Parteien den Fall der vorzeitigen Endigung des Verhältnisses vorgesehen und geregelt haben, lassen wir bei Seite. Meistens setzen die Parteien voraus, dass die Hinterlegung bis zum Ablauf der Frist dauern wird, und treffen keine besonderen Verabredungen für den entgegengesetzten Fall. Nach der Regel des Entwurfes kann also der Hinterleger den Vertrag zu jeder Zeit für die Zukunft aufheben und auf diese Weise sich von der Zahlung der vereinbarten Gegenleistung befreien. Diese Regelung ist nun für diejenigen Fälle vollkommen sachgemäss, wo das „pretium depositionis" „non quasi merces" verabredet ist. Nach dem Entwurfe gehören aber zum Hinterlegungsvertrag auch die gewöhnlichen Fälle der Uebernahme von Sachen zur Aufbewahrung aus Erwerbsmotiven. Darnach schliessen auch die gewerbsmässigen Verwahrer keine Mieths-, sondern Hinterlegungsverträge (vgl. inbes. § 629 E. II, Satz 2). Es ist nun aber klar, dass diese Regelung die Gewerbe, welche auf die Aufbewahrung fremder Sachen gerichtet sind, unsicher und von der Willkür der Kunden abhängig macht. Es ist selbstverständlich, dass der Verfasser keine besondere Zurücksetzung und Benachtheiligung dieser Gewerbe beabsichtigt hat. Die Regelung entspricht keinen bewussten Absichten und Erwägungen des Gesetzgebers; sie erklärt sich lediglich aus der geschichtlichen Zufälligkeit, dass der Verfasser die römischen Regeln des depositum unkritisch in den Entwurf aufgenommen hat, obgleich der Hinterlegungsvertrag des Entwurfes und das depositum des römischen Rechtes wesentlich verschiedene Verträge sind.

3. Tutela. § 1699 E. I (ebenso die zweite Lesung nach der „Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung"):

„Die Vormundschaft wird in der Regel unentgeltlich geführt. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch dem Vormunde und unter besonderen Umständen auch dem Gegenvormunde ein angemessenes Honorar bewilligen, sofern das Vermögen des Mündels sowie Umfang und Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte eine solche Bewilligung rechtfertigen. Die Bewilligung kann von dem Vormundschaftsgerichte zu jeder Zeit für die Zukunft aufgehoben oder geändert werden. Das Vormundschaftsgericht soll vor der Be-

willigung, Aenderung oder Aufhebung den Vormund und, wenn ein Gegenvormund bestellt worden ist, auch diesen hören."

Diese Vorschrift weicht insofern vom römischen Recht ab, als dieses nur das durch den testator ausgesetzte Honorar bei der tutela kennt. Sonst konnten dem Vormund nur im Falle der iusta causa, quia aliter se exhibere non poterat, Alimente, nicht aber das Honorar im eigentlichen Sinne gewährt werden. [1]

Zum Zweck der Kritik des § 1699 ist seine praktische Wirkung von der zu Grunde liegenden Auffassung zu scheiden. Was den ersten Punkt anbetrifft, so hängt die Bedeutung des Gesetzes sozusagen nicht von ihm selbst, sondern von den ausführenden Beamten ab. Diese könnten, wenn sie wollen, das Gesetz niemals zur Anwendung bringen. Der § 1699 schliesst an sich die Möglichkeit nicht aus, dass nach seiner Einführung als Gesetz kein Fall der Bewilligung des Honorars an einen Vormund vorkommen wird. Es wird dem Vormundschaftsgericht anheimgestellt, ob es dem Vormund ein Honorar bewilligen will oder nicht. Darum könnte das Gesetz an sich keine schädlichen Folgen herbeiführen, auch wenn ihm zu Grunde ein schädliches Prinzip läge, insofern nur die Vormundschaftsrichter ihre Aufgabe richtig verstehen und erfüllen.

Was die dem § 1699 zu Grunde liegende Idee anbetrifft, wonach die Unentgeltlichkeit keine allgemeine Eigenschaft des Vormundschaftsamtes ist, so erscheint sie uns prinzipiell wenig sympathisch, so dass u. E. zu wünschen ist, dass die Vormundschaftsgerichte möglichst selten den § 1699 zur Anwendung bringen. Die Motive charakterisiren ganz richtig das Prinzip des § 1699 dahin, dass er den Zweck hat: a) die Interessen des Vormundes gegenüber dem Mündel zu wahren. Darum sorgt der Verfasser dafür, dass dem Vormund die Möglichkeit gewährt wird, von dem Vormundschaftsgericht in Bezug auf das Honorar gehört zu werden (M. B. IV S. 1183), d. h. der Vormund kann die Bewilligung des Honorars resp. Erhöhung desselben beantragen, er kann durch Fordern und Feilschen für die beste Befriedigung seines Erwerbsinteresses selbst sorgen; eventuell kann ihm dabei der Gegenvormund behilflich sein; dafür kann er beim Vormundschaftsgerichte

1) Uebrigens nimmt die herrschende Lehre (auf Grund der l. 1 § 6 D. de tut. et rat. distr.) an, dass die contutores dem Vormund ein Honorar bewilligen konnten, vgl. Windscheid II § 438 Note 16 und Text und dagegen oben S. 377.

dem Gegenvormund bei der Erwirkung des Honoras für diesen behilflich sein. Darum ferner „geht der Entwurf, insoweit abweichend von der Preuss. Vorm.O. § 34 Abs. 2, davon aus, dass ein zureichender Grund für die Bewilligung des Honorars nicht lediglich in dem Umfange der Vermögensverwaltung zu finden ist, sondern auch durch den Umfang und die Bedeutung der sonstigen die Person des Mündels betreffenden vormundschaftlichen Geschäfte gegeben sein kann“ (eod. S. 1182). Damit ist dem möglichen Missverständnisse vorgebeugt, als ob das Honorar den Vormund lediglich für die verlorene Zeit entschädigen, so dass er eigentlich keinen wahren Gewinn von der Vormundschaft haben soll. Im Gegentheil, die Bewilligung und die Höhe des Honorars bestimmt sich auch nach der Bedeutung der Geschäfte, so dass der Vormund desto mehr verdienen kann, je grösser das Vermögen des Mündels ist. Die Beschränkung der Entgeltlichkeit der Vormundschaft auf die Bewilligung eines „mässigen Honorars“ wird durch die Motive ausdrücklich verworfen. Das höflich als Honorar bezeichnete Entgelt soll vielmehr „angemessen“ sein. b) Die Bewilligung und die angemessene Höhe des Entgeltes ist auch im Interesse des Mündels gerathen, „da die Schmälerung des Honorars auf die Güte der für dasselbe zu leistenden Dienste von Einfluss ist und somit dem Mündel zum Nachtheile gereichen kann“ (M. eod. S. 1182).

Obgleich die einzelnen Erwägungen des Verfassers vom praktischen Standpunkt vollkommen richtig sind, so scheint uns doch das Gesammtergebniss civilpolitisch verfehlt. Bei der Regelung des Vormundschaftsamtes ist u. E. zwischen zwei Prinzipien zu wählen:

1. Wir können das Amt des Vormundes auf rein altruistische Grundlagen stellen und als eine sociale Ehrenpflicht gestalten. Dann ist nicht nur dafür nicht zu sorgen, dass der Vormund einen genügenden, nicht nur „mässigen“ Gewinn vom Amte hat, sondern im Gegentheil, es ist sorgfältig darauf zu achten, dass die Rechtssätze über die Vormundschaft kein lucrum für den Vormund übrig lassen, dass sein Egoismus und seine Geldsucht keine Nahrung haben, dass das Amt zu egoistischen Wünschen und Berechnungen keinen Anlass gewährt. Man könnte dann höchstens eine besonders treue und hingebungsvolle Führung der Vormundschaft mit einem Ehrenpreis, z. B. einem Ehrendiplom oder -Titel oder einer öffentlichen Dankerklärung an den Vormund seitens des Vormundschafts-

gerichtes belohnen. Auch in unserem „praktischen“ Zeitalter werden die unbesoldeten Ehrenämter meistens treu und sorgfältig verwaltet. Dass der obigen Regelung der Vormundschaft die Zulassung des durch das Testament bewilligten Honorars psychologisch nicht widerspricht, brauchen wir kaum hervorzuheben, desgleichen, dass der sachgemässe Ersatz des geopferten quaestus in den Fällen der technischen Mitarbeit des Vormundes nicht nur mit der obigen Regelung im Einklang steht, sondern sogar ihre nothwendige Voraussetzung bildet.[1]

2. Anstatt uns an das Pflicht- und Ehrgefühl des Vormundes zu wenden, können wir zweitens an die egoistische Seite seines Charakters appelliren. Wenn wir der Ansicht wären, dass das moralische Niveau im Volke nicht so hoch ist, dass es die Vormundschaft nach dem ersten Princip zu gestalten möglich wäre, so würden wir für diese zweite Art der Vormundschaftspolitik eintreten. Wenn wir aber die egoistische Seite des Charakters des Vormundes berühren, wenn wir ihn zur sorgfältigen Verwaltung der Vormundschaft durch Aussetzung eines Geldlohnes anziehen wollen, dann müssen wir dafür sorgen, dass der einmal angeregte Egoismus nicht unbefriedigt bleibt. Daraus die logische Konsequenz: Kein Zwang zur Uebernahme der Vormundschaft! Man muss dann nach den Vormündern auf eben solche Weise suchen, wie man nach einem Verwalter für sein Landgut, nach einem Fabrikdirektor etc. sucht. Die Regeln der freien Konkurrenz, des freien Lohnvertrages müssen dann in Kraft treten. Nur bei dieser Gestaltung kann man wirklich erreichen, dass die Interessen des Mündels und die angeregten egoistischen Tendenzen des Vormundes in Einklang gebracht werden.

Der Entwurf enthält dagegen einen civilpolitischen Widerspruch. Sein Princip degradirt das Amt des Vormundes auf das Niveau eines Gewerbes; dies muss entsprechend auf das Rechts- und Sittlichkeitsgefühl des Volkes einwirken. Die Anschauung, dass jeder Bürger eine Social- und Ehrenpflicht hat, die Vormundschaft über unmündige Waisen unentgeltlich zu übernehmen, wird untergraben. Anstatt dessen greift die Anschauung Platz, dass es ganz natürlich ist, sich für die Vormundschaft „angemessen“ be-

1) Eventuell könnte man bestimmen, dass auch wegen der allgemeinen Vermögensleitung der entgangene Erwerb zu ersetzen ist, wenn die Geschäftsführung eine erhebliche Störung der anderweitigen Erwerbsthätigkeit des Vormundes bewirkt.

zahlen zu lassen. Wo es sich um die Thätigkeit der Bezahlung wegen handelt, so ist man nur dann arbeitsfreudig, wenn man mit der Bezahlung zufrieden ist, wo es sich vom Standpunkt des Geldgewinnes aus „lohnt", die Thätigkeit zu übernehmen (was auch ganz richtig die Motive hervorheben: „die Schmälerung des Honorars auf die Güte der für dasselbe zu leistenden Dienste von Einfluss ist"). Wenn der ausgesetzte Lohn von diesem Standpunkt aus für den Vormund eine genügende Anziehungskraft besitzt, so wird er freiwillig das Amt übernehmen. Der Entwurf beseitigt aber den Grundsatz der Zwangspflicht zur Uebernahme der Vormundschaft nicht. Man muss also Vormund werden, auch wenn es sich nicht „lohnt". Dies wird besonders oft bei den Vormundschaften über weniger vermögende Mündel eintreten. Der § 1699 entzieht also der Vormundschaft die altruistischen Grundlagen, ohne einen wirklichen Ersatz dafür zu gewähren.

Besonders auffallend ist es, dass der § 1699 auch dem Gegenvormund eine Bezahlung in Aussicht stellt. Aber noch eigenthümlicher sind die Motive dazu (S. 1182):

„Während die preuss. Vorm.O. § 34 Abs. 3 dem Vormundschaftsgerichte niemals gestattet, dem Gegenvormunde ein Honorar zu bewilligen (vgl. Motive der preuss. Vorm.O. S. 73), erklärt der Entwurf unter besonderen Umständen auch die Bewilligung eines Honorars an den Gegenvormund für zulässig. Wenngleich thatsächlich die Veranlassung zu einer solchen Bewilligung seltener sein wird, so ist es doch nicht gerechtfertigt, die Honorarbewilligung bei dem Gegenvormunde principiell auszuschliessen, da auch er begrifflich Vormund ist und, wenn auch in eigenthümlicher Richtung, so doch als ein für gewisse Vormundschaften organisch wichtiges Glied der vormundschaftlichen Verwaltung vormundschaftliche Funktionen versieht."

Ob es nicht gerade ein trauriges Symptom ist, dass der „Begriff" des Vormundes beim Gesetzgeber so eng mit dem Begriff der Entgeltlichkeit verbunden ist? Da der Gegenvormund begrifflich Vormund ist, so muss das Princip der Unentgeltlichkeit beseitigt werden!

Wir sind sicher, dass die obigen Bemerkungen keine Beachtung bei der endgültigen Redaktion des § 1699 finden werden. Wir betonen übrigens noch einmal, dass es sich für uns dabei mehr um Prinzipien und ideelle Fragen, als um die wirkliche praktische Wirkung des § 1699 handelte, weil diese nicht von ihm

selbst, sondern von den ausführenden Organen abhängt. Immerhin möchten wir noch schliesslich vom praktisch-opportunistischen Standpunkt (obgleich wir prinzipiell das Honorar des Vormundes im Sinne des § 1699 nicht billigen) darauf aufmerksam machen, dass die Bemessung des Honorars nach den bestimmten Prozentsätzen des Einkommens (wobei der Prozentsatz mit der Höhe des Einkommens progressiv wachsen kann) jedenfalls besser wäre, als der Mangel jeglicher Bestimmung über die Höhe desselben. Dabei handelt es sich nicht sowohl darum, den Vormund am Erfolg der Wirthschaft zu interessiren, als darum, das Handeln und Feilschen in Bezug auf die Höhe des Honorars seinerseits abzuschneiden. Dadurch werden die schlimmen Folgen des angeregten Erwerbstriebes und der Unzufriedenheit im Falle der mangelhaften Befriedigung desselben gemildert.

---

§ 35. Unternehmergewinn (Unternehmerlohn).

Die Theorie der Wirthschaft unterscheidet im Bruttoeinkommen von einer Unternehmung, z. B. einem Landgute, einer Fabrik, einem Handelsgeschäfte, folgende Bestandtheile [1]: Darin steckt zunächst das bei der Produktion verwendete umlaufende Kapital, z. B. der den Arbeitern gezahlte Lohn, die auf den Ankauf von Arbeitsstoffen verwendeten Summen, die Kosten der Heizung der Dampfmaschinen, der Fütterung der Arbeitsthiere u. dgl. Ferner muss vom Werth des Bruttogewinnes die Summe der Werthminderung des bei der Produktion gebrauchten stehenden Kapitals abgezogen werden (Amortisation). Diese Kapitalien, z. B. die wirthschaftlichen Gebäude, Thiere, Maschinen, werden zwar durch die Produktion nicht vernichtet (konsumirt), wohl aber mehr oder weniger abgenutzt (allmählich konsumirt), so dass der Unternehmer einen Theil des Bruttogewinnes auf die regelmässige Wiederherstellung des Kapitals verwenden muss. Nebenbei sei hier bemerkt, dass bei einigen Arten der Kapitalien (z. B. bei einer Heerde, einem Forste) diese Amortisation auf dem Wege der natürlichen Ergänzung, des Nachwuchses geschieht, wobei der Wirth von vornherein zum wirthschaftlichen Gewinn nur dasjenige rechnet, was nach der Ergänzung des Kapitals übrig bleibt (vgl. oben über die Summission B. I § 7). Nachdem nun der Unternehmer den Werth des umlaufenden und die Amortisationsquote des stehenden Kapitals vom Bruttogewinn abgezogen hat, kann er den Rest als einen wirklichen Gewinn der Wirthschaftsperiode betrachten — das reine Unternehmereinkommen. Dieses (reine) Unternehmerein-

[1] Das oben § 6 S. 77 Bemerkte bezieht sich auf den konsumtiven Gebrauch.

kommen zerlegen nun die Wirthschaftstheoretiker in 4 Bestandtheile: Kapitalzins, Rente, Arbeitslohn, Unternehmergewinn. Kapitalzins ist derjenige Theil des Einkommens, welcher den zum Zweck der Produktion gebrauchten Kapitalien des Unternehmers entspricht. Rente entspricht den zur Produktion verwendeten Grund und Boden (angeeigneten Naturkräften im Allgemeinen) des Produzenten. Arbeitslohn — der etwaigen zur Produktion vom Unternehmer verwendeten Arbeit. Diese drei Arten des Einkommens (Bestandtheile des Unternehmereinkommens) könnte der Unternehmer auch ohne Verwendung seines Grundstückes, seiner Kapitalien und Arbeitskraft zum Zweck der Produktion auf eigene Rechnung und Gefahr (Unternehmen) gewinnen. Er könnte nämlich diese Produktionsfaktoren gegen Entgelt anderen zur Nutzung überlassen (Pacht, Miethe, verzinsliche Anlage, Lohnvertrag). Dieses Entgelt bildet das sog. bedungene Einkommen (usurae, mercedes, pensiones). Man nimmt nun an, dass im Unternehmereinkommen die Rente, der Kapitalzins und der Arbeitslohn stecken, welche dem ortsüblichen bedungenen Einkommen vom Grund und Boden, vom Kapital und von der Arbeit entsprechen. Wenn man diesen üblichen Betrag des Kapitalzinses etc. von der Summe des Unternehmereinkommens abzieht und ein Ueberschuss bleibt, so nennt man diesen Ueberschuss „Unternehmergewinn" oder „Unternehmerlohn". Wenn die Subtraktion ein Minus ergiebt, so liegt ein „Unternehmerverlust" vor.

Zu unseren Zwecken modifiziren wir das obige Schema dahin, dass wir anstatt der Unterscheidung zwischen der Rente und dem Kapitalzins diejenige zwischen dem Zins des umlaufenden (usurae, vgl. oben § 25) und dem des stehenden Kapitals (pensio, merces) adoptiren. Den Grund und Boden rechnen wir nämlich zu stehenden Kapitalien (was auch manche Nationalökonomen thun), weil die Unterscheidung zwischen Grund und Boden und anderen Dingen, welche bei der Produktion ohne Vernichtung der species gebraucht werden, für die Lehre von Fruchtprästationen ohne Bedeutung ist. Dagegen ist der Gegensatz zwischen dem umlaufenden und dem stehenden Kapital resp. zwischen dem Miethzins (oder Pachtzins) und den Zinsen für unsere Lehre sehr wichtig. Während also die Nationalökonomie im Pachtzins für ein Landgut zwei Bestandtheile: Rente (Aequivalent für die Benutzung der natürlichen Produktionskraft des Bodens) und Kapitalzins (für die Benutzung der mit dem Grund und Boden verbundenen Kapitalien,

z. B. Gebäude, Zäune, Dämme, künstliche Wege) unterscheidet, bezeichnen wir den Pachtzins einfach als Zins vom stehenden Kapital, indem wir auf die obige theoretische, praktisch undurchführbare und für unsere Zwecke überflüssige Unterscheidung verzichten. Dagegen ist hier noch zu bemerken, dass im landesüblichen bedungenen Zins für stehende Kapitalien gewöhnlich zwei folgende Bestandtheile zu unterscheiden sind: 1) der reine Kapitalzins, 2) die Amortisationsquote. Während nämlich beim Darlehn und anderen Rechtsgeschäften über die entgeltliche Nutzung eines umlaufenden Kapitals (bei den entgeltlichen Kreditgeschäften) der Kapitalist sich zunächst die Rückgabe des ganzen hingegebenen Kapitals (gleicher Quantität der Sachen derselben Art, tandundem eiusdem generis, oder des vollen Werthes, aestimatio, des Hingegebenen in Sachen anderer Art) und dann die Leistung der Zinsen davon ausbedingt, ist der Schuldner bei den Rechtsgeschäften über die Nutzung des stehenden Kapitals (locatio-conductio ...) nur die species in dem Zustande, in welchem sie sich nach dem Gebrauch ohne seine Schuld befindet, zurückzugeben und den Miethzins zu zahlen verpflichtet; mit andern Worten, er ist gewöhnlich nicht verpflichtet, das Kapital dem Eigenthümer im vollen Umfange zu erstatten; die etwaige Werthminderung desselben in Folge des Gebrauches trifft den Eigenthümer. Bei den stark abnutzbaren Sachen, z. B. Kleidungsstücken, ist der Verlust des Eigenthümers sehr erheblich, bei anderen, z. B. Thieren, Gebäuden, weniger erheblich, bei anderen wiederum gleich Null; wenn z. B. der Pächter eines Obstgartens für gehörige Summision sorgt, so können die Interessen des Eigenthümers nur durch ausserordentliche Zufälle leiden, deren Chancen verhältnissmässig gering sind. Die Thatsache nun, dass der Kapitalist in der Regel sich keine besondere Vergütung bei Geschäften über das stehende Kapital wegen der Verschlechterung der species ausbedingt, übt einen wichtigen Einfluss auf den Miethszins. Der Kapitaleigenthümer sucht sich die Amortisation des Kapitals auf die Weise indirekt zu verschaffen, dass er je nach der zu erwartenden Abnutzung oder sonstigen Verschlechterung der species während der Gebrauchszeit einen entsprechend höheren Zins fordert. Die Folge davon ist, dass der ortsübliche Miethszins für abnutzbare Sachen ausser dem reinen Kapitalzins noch die dem Grade der Abnutzbarkeit entsprechende Amortisationsquote des Kapitals enthält. Diese Erscheinung können wir dazu benutzen, um unser Schema der Er-

mittelung des Unternehmergewinnes zu vereinfachen. Wenn wir nämlich vom Bruttogewinn den üblichen Miethszins für stehende Kapitalstücke abziehen, so bleibt nur der Abzug des Arbeitslohnes und des umlaufenden Kapitals mit Zinsen übrig, um den Unternehmergewinn festzustellen, da der Abzug des Miethszinses zugleich die Amortisation des stehenden Kapitals und die Ausscheidung des Kapitalzinses bewirkt.

Wenn wir nun nach diesen wirthschaftstheoretischen Vorbemerkungen zum römischen Rechte zurückkehren, so können wir uns leicht überzeugen, dass dasselbe die oben gewonnene Methode der Einkommensanalyse für seine praktischen Zwecke im Wesentlichen schon verwerthet hat. Um diese Uebereinstimmung resp. etwaige Abweichungen zu konstatiren, müssen wir die oben an verschiedenen Stellen gewonnenen Rechtsregeln über das fingirte Einkommen zusammenstellen und in einigen Punkten ergänzen:

1. Im Falle des Gebrauches eines fremden Kapitalstückes seitens des Fruchtpflichtigen als stehenden Kapitals in eigener Wirthschaft wird nach dem röm. R. nicht berechnet, welchen Nutzen dieser Gebrauch thatsächlich dem Fruchtschuldner gebracht hat; dieser prästirt vielmehr nur den ortsüblichen Miethszins für das Kapitalstück. So z. B. ist es im Falle des Gebrauches eines fremden Netzes zum Fischfangen gleichgiltig, ob der Schuldner viele oder wenige oder gar keine Fische damit gefangen hat; er leistet immer fructuum nomine id, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit. Desgleichen mag dem m. f. possessor eines fremden Sklaven dieser als Verwalter eines landwirthschaftlichen oder gewerblichen Unternehmens des Besitzers einen Nutzen oder einen Schaden von vielen Tausenden gebracht haben, immer werden die mercedes operarum geschätzt und als fructus servi erstattet.

Diese Erscheinung können wir dahin formuliren, dass der Unternehmergewinn resp. Unternehmerverlust dem Schuldner verbleibt, der Gläubiger dagegen nur den analysirten Kapitalzins mit Vergütung für die Abnutzung des Kapitals erlangt.

Analoge Methode der Analyse wird dann angewendet, wenn es sich um einen dem Gläubiger entgangenen Gewinn handelt (Interessefrüchte). Wenn dem Gläubiger der Gebrauch eines Fischnetzes entzogen worden ist, kann er nicht als Interesse etwa den Werth der Fische liquidiren, welche er damit gefangen haben würde.

Ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti

non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum (l. 29 § 3 D. ad l. Aq. 9, 2).

Da die herrschende Lehre den Begriff des fingirten Einkommens nicht beachtet, da man vielmehr annimmt, dass der Gläubiger denjenigen Gewinn geltend zu machen hat, welchen er in concreto erzielt haben würde, so sucht man diese Stelle auf verschiedene Weise unschädlich zu machen.[1] Dabei spielt auch das Rechtsgefühl der Juristen eine grosse Rolle. Man nimmt nämlich an, dass nach der angeführten Stelle der Gläubiger für den entbehrten Gebrauch der Jagd- oder Fischereiwerkzeuge gar nichts ersetzt bekommt; dies wäre aber unbillig. Aus der Theorie des fingirten Einkommens ergiebt sich, dass die herrschende Lehre vom Schadenersatz auf irrthümlichen Grundlagen beruht. Die Entscheidung der l. 29 § 3 cit. entspricht vollkommen dem allgemeinen Grundsatz des römischen Rechtes über die Schätzung des Interesses. Darnach wird der konkrete Gewinn, welchen der Gläubiger eines Fischnetzes, eines Sklaven und dergl. dadurch erzielt haben würde, dass er diese Kapitalstücke zum Fischfangen benutzt hätte, gar nicht in Betracht gezogen. Beim Sklaven kommen nur mercedes operarum in Betracht. Bei anderen Sachen nur id, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit (l. 19 D. de usuris 22,1). In diesem Sinne ist auch die angeführte negative Entscheidung der l. 29 § 3 cit. dahin positiv zu vervollständigen, dass dem Eigenthümer die mercedes retium als Interesse zu prästiren sind. Dass in der herrschenden Lehre über den Schadensersatz ein Irrthum steckt, können wir auf folgende Weise veranschaulichen: Wir nehmen an, dass einem Fischereiunternehmer von drei verschiedenen Schuldnern drei Gegenstände zu liefern sind: ein homo-piscator, ein Netz und ein Kahn. Der Gläubiger versetzt alle drei Schuldner in Verzug und fordert vom ersten Schuldner den Ersatz des Gewinnes an Fischen, welche der Sklave gefangen haben würde, vom zweiten Schuldner den Ersatz des Gewinnes an Fischen, welche mit dem geschuldeten Netz hätten gefangen werden können; dasselbe fordert er zum dritten Mal vom dritten Schuldner. Aus der angeführten Entscheidung ergiebt sich, dass derartige Schadensliquidationen unzulässig sind. Das Ergebnis einer Produktionshandlung kann man unmöglich als lucrum von einem der vielen

1) Vgl. die Literatur bei Windscheid II § 258 N. 16.

mitwirkenden Produktionsfaktoren behandeln. Die herrschende Lehre führt im Princip zur Besteuerung der Schuldner im Verzug zu Gunsten der Gläubiger. Man erkennt gewöhnlich selbst unwillkürlich die Unzulänglichkeit und Gefährlichkeit der aufgestellten Grundsätze über den Schadensersatz an, indem man durch die allgemeinen Ausdrücke, wonach nur der „erweislich“ entgangene Gewinn, nur der „sichere“ Gewinn etc. in Betracht zu ziehen ist, dass „blosse Möglichkeiten“ nicht zu berücksichtigen sind und dergl., den Richter zur Mässigung warnt.[1] Dies kann aber nicht helfen. Aus solchen wiederholten tautologischen Mahnungen und Einschärfungen entsteht nur der Pedantismus in der gerichtlichen Praxis in Bezug auf die Beweisfragen, so dass je nach den Umständen bald der Gläubiger geschädigt wird, weil man ihm eine eigenthümliche Art der Beweisführung auferlegt, bald der Schuldner, weil man ihn zu viel leisten lässt. Als Beispiel der Thatbestände, bei welchen die herrschende Lehre sich gegen den Gläubiger wendet, mag folgender Fall angeführt werden: Einem Landwirth wird in Folge der mora debitoris der Gebrauch von zwei Pferden, eines Arbeits- und eines Reitpferdes während fünf Monate entzogen. Nach der herrschenden Lehre bekommt er für den entbehrten Gebrauch des Reitpferdes nichts ersetzt, weil er oder seine Familienglieder dasselbe zu Spazierritten, nicht aber zu Erwerbszwecken gebraucht haben würden. Im Allgemeinen kann man nach der herrschenden Lehre in Folge des entgangenen konsumtiven Gebrauches keinen Ersatz des lucrum cessans fordern, weil der konsumtive Gebrauch keinen Geldgewinn einbringt; die unterbliebene Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse begründet überhaupt keinen Anspruch auf Interessenersatz. Anders nach dem richtig verstandenen röm. Recht. Auch der konsumtive Gebrauch wird darnach nach dem ortsüblichen Miethszins des Gegenstandes geschätzt (si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quae locata ea re mercedis nomine capi potuerint, l. 19 D. de usur.). — Wegen des entbehrten Gebrauches des Arbeitspferdes bekäme der Gläubiger im angeführten

1) Vgl. z. B. Arndts § 206: „Im Allgemeinen aber ist festzuhalten, dass nur der Nachtheil, und zwar nur ein Vermögensnachtheil, der erweislich durch das fragliche Ereigniss hervorgebracht ist, und somit auch nur ein Gewinn, auf welchen ohne jenes sicher zu rechnen war, bei der Schätzung des zu leistenden Interesse in Anschlag komme, blosse Möglichkeiten eines Gewinns, der vielleicht hätte gemacht werden können, nicht berücksichtigt werden können.“

Falle gleichfalls oft keinen Ersatz. Principiell kann er zwar auch nach der herrschenden Theorie den Ersatz des lucrum cessans fordern. Allein, wie kann er beweisen, wie hoch sich das lucrum beläuft, welches für ihn entstünde, wenn sein Gutsinventar um ein Pferd reicher wäre? Um, andererseits, den Miethszins ersetzt zu bekommen, müsste er geltend machen, dass er das Pferd vermiethet hätte. Es ist sicher anzunehmen, dass die gemeine Lehre vom Schadenersatz eine demoralisirende Wirkung in dem Sinne ausübt, dass manche Gläubiger, welche in Wirklichkeit den geschuldeten Gegenstand selbst produktiv oder konsumtiv gebraucht haben würden, zur lügenhaften Behauptung greifen, dass sie die Sache vermiethet hätten, um den Ersatz der Miethszinse zu erlangen.

Das Wesen der besprochenen Regel des römischen Rechtes im Gegensatz zur herrschenden Lehre können wir negativ dahin formuliren, dass bei der Interesseprästation wegen des entzogenen produktiven Gebrauches einer Sache der Unternehmergewinn aus dem Gebrauche nicht geschätzt wird, positiv —, dass der produktive und konsumtive Gebrauch nach ortsüblichem Gebrauchskapitalzins (Miethszins) bemessen wird.

Diese Regel ist nun vom wirthschaftlichen Standpunkte aus insofern ungenau, als der ortsübliche Miethszins auch die Amortisationsquote enthält; insofern diese Amortisation derjenigen Werthminderung entspricht, welche durch den Ablauf der Zeit auch ohne den thatsächlichen Gebrauch der Sache entsteht (z. B. bei hölzernen Sachen, Gebäuden, Thieren, Sklaven), so ist gegen dieselbe nichts einzuwenden; insofern aber die Amortisation das Abnutzungsentgelt im engern Sinne bildet, so ist es ungerechtfertigt, dass der Gläubiger im ortsüblichen Miethszinse dieselbe auch dann erhält, wenn die Sache thatsächlich unbenutzt geblieben ist (z. B. beim depositum). Die römische Regel ist also dahin zu vervollständigen, dass von der Summe des üblichen Miethszinses das Mehr des Sachwerthes in Folge des unterbliebenen Gebrauches abzuziehen ist. Dasselbe gilt für den Fall, wenn der Gläubiger den entgangenen (ortsüblichen oder anderen) Miethszins als bedungenes Einkommen liquidirt.

2. Im Falle des Gebrauches eines fremden Kapitals seitens des Fruchtpflichtigen als umlaufenden Kapitals (d. h. im Falle des Verbrauches, der in usus conversio) in eigener Unternehmung wird nach dem römischen Rechte nicht berechnet, welchen Nutzen der Kapitalumlauf thatsächlich dem Fruchtschuldner gebracht

hat; dieser leistet vielmehr nur die ortsüblichen Zinsen vom Werthe des Kapitals. Mag der Vormund, der neg. gestor, der Erbschaftsbesitzer durch die in usus conversio der aliena pecunia einen Gewinn erzielt haben, welcher vielfach den ortsüblichen Kapitalzins übersteigt, dieser Nutzen wird ihm belassen. Der Erbschaftsbesitzer hat z. B. die Erbschaftssumme 1000 zu Handelszwecken verwendet und in 5 Jahren in 10 000 verwandelt und doch hat er nur die ursprüngliche Summe 1000 mit ortsüblichen Zinsen zu erstatten.

Analog zahlt der Vormund die ortsüblichen Zinsen von der Summe, welche er zum Ankauf eines Grundstückes für den Mündel zu verwenden unterlassen hat (usurae fictae als usurae percipiendae), desgleichen vom Werth der überflüssigen Mündelsachen, welche zu versilbern waren, damit der Erlös in Interessen des Mündels verwendet werden konnte.

Ebenso wird der Zeitnutzen des umlaufenden Kapitals im Falle des Verzuges des Schuldners geschätzt (entzogenes Einkommen). Wenn dem Gläubiger der Gebrauch einer Quantität Waaren, einer Summe Geld und dergl. entzogen worden ist, wird es nicht in Betracht gezogen, was er an Einkünften gewonnen haben würde, wenn er das fragliche Kapital im Falle der rechtzeitigen Leistung zu gewerblichen oder Handelszwecken verbraucht hätte.

Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est (l. 21 § 3 D. de act. e. v. 19,1).

Auch diese Stelle widerspricht der herrschenden Schadensersatztheorie. Darum entzieht man ihr jede Bedeutung für das praktische Recht. Auch diese Entscheidung wird desto mehr als unbillig betrachtet, weil man annimmt, dass darnach der Käufer einer Quantität Wein keinen Ersatz des Zeitnutzens des Kapitals bekommt. Dies ist in der Stelle indessen nicht gesagt. Man hat einen unbegründeten Schluss aus dem Stillschweigen gezogen (vgl. oben S. 59). Die utilitas emptoris wird nach der Stelle geschätzt; nur die Methode der Berechnung, welcher die herrschende Lehre folgt, wird verworfen. Wie der Zeitnutzen des umlaufenden Kapitals zu schätzen ist, wissen wir aus der Zinsenlehre. Der Gläubiger einer Quantität Wein oder Getreide kann die ortsüblichen Zinsen vom Werthe der Waare fordern, ebenso wie der Gläubiger

einer Masse Gold oder Silber (aurum, argentum infectum) nach der l. 3 § 4 D. de usuris 22,1.

Ebenso klar und entschieden wird die herrschende Lehre durch die l. 20 D. de per. et comm. widerlegt:

Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.

Dass die gemeine Schadensersatztheorie dem römischen Rechte widerspricht, zeigt noch folgende allgemeine Erwägung: Aus dieser Theorie ergiebt sich, dass der Gläubiger ein desto höheres lucrum cessans vom Schuldner im Verzug ersetzt verlangen kann, je grösseres Einkommen sein Unternehmen ihm bringt. Wenn einem Kaufmann seine Kapitalien jährlich 30 % Handelseinkommen bringen, würde er von seinen Schuldnern im Verzug 30 % fordern. Die Höhe der Zinsen, welche die Aktiengesellschaften von ihren Schuldnern im Verzug verlangen könnten, würde der Höhe der Dividenden entsprechen. Wie ist dies mit dem gesetzlichen Zinsmaximum vereinbar? Man sollte doch meinen, dass der Gläubiger nach dem justinianischen Rechte nicht mehr als 6 % Zinsen vom Schuldner fordern kann.[1]

1) Die Ausführungen des Textes beziehen sich nur auf das Einkommen vom geschuldeten Kapital, auf das wiederkehrende, dauernde lucrum, auf den Zeitnutzen des Kapitals. Die Frage, wie dem Gläubiger die entgangenen einmaligen Einnahmen und die einmaligen damna zu ersetzen sind, gehört nicht in unseren Zusammenhang. Einige Stellen entscheiden, dass der Schuldner im Verzug die Konventionalstrafe dem Gläubiger zu ersetzen hat, welche dieser in Folge des Zahlungsverzuges seinem Gläubiger bezahlen musste, desgleichen den Schaden aus dem Pfandverkauf. Andere Stellen lassen den Schuldner den Schaden ersetzen, welcher daraus entstanden, dass dem Gläubiger die Möglichkeit entgangen ist, das Kapital in eine andere Form zu verwandeln, z. B. die günstigen Preisverhältnisse auszunützen und die Sache zu verkaufen oder durch die Verwandlung des Kapitals in eine andere Form dem schädlichen casus zu entgehen. In diesen Fällen handelt es sich nicht um den Verlust an Einkünften vom geschuldeten Gegenstand, sondern um den Kapitalschaden (einmaliges lucrum cessans oder damnum emergens). Beim Ersatz der Kapitalverluste kann es vorkommen, dass die Summe des Schadensersatzes mehr beträgt, als die höchsten erlaubten Zinsen für die Zeit des Verzuges. Da es sich aber eben nicht um das Einkommen handelt, so kommen die Regeln über die Zinsen und die Zinsbeschränkungen gar nicht in Betracht. Es ist auch vom socialpolitischen Standpunkte aus ein gewaltiger Unterschied, ob der Schuldner eine Konventionalstrafe ersetzt, welche z. B. 40 % der Schuldsumme ausmacht, oder ob er dauernd 20 % Zinsen zu zahlen hat. Das letztere ist vom socialpolitischen Standpunkt aus viel gefährlicher, weil es sich um eine mit der Zeit schnell wachsende Last handelt. Nicht um den Zeitnutzen der geschuldeten Summe, sondern um den Ersatz von einmaligen Kapitalschäden handelt es sich auch in der l. 2 § 8 D. de eo quod certo loco 13, 4 (kein Zeit-, sondern ein Ortsinteresse).

Vom socialpolitischen Standpunkt aus ist die herrschende Lehre gleichfalls zu verwerfen. Sie führt zur Besteuerung der Schuldnerklasse zu Gunsten der Gläubigerklasse. Bei Geldschulden gewährt sie dem Gläubiger als minimum des Schadensersatzes 5 % Zinsen; viele Gläubiger würden nun im Falle der rechtzeitigen Leistung der geschuldeten Summe und des Verbrauches derselben zu Erwerbszwecken nicht nur diese 5 % nicht gewinnen, sondern auch einen Theil oder die ganze Summe des Kapitals verlieren. Diejenigen Arten der Unternehmungen, welche einen sehr hohen Gewinn versprechen, sind gewöhnlich auch mit dem entsprechend hohen periculum verbunden. Nach der herrschenden Lehre geschieht also eine allgemeine Spekulation der Gläubiger auf Kosten der Schuldner im Verzug, wobei die Gläubigerklasse das Spekulationslucrum bekommt, die Schuldner dagegen die Gefahr der Spekulation tragen.

Das Handelsrecht gewährt dem Gläubiger als minimum des Schadenersatzes 6 % Zinsen. Man hat diesen hohen Zinsfuss dadurch begründet, dass man im Handel einen höheren Gewinn erzielen kann als in anderen Gebieten des Erwerbslebens. Auch hier liegt der oben erwähnte Irrthum vor. Konsequent sollte man den Börsenspekulanten gestatten, von ihren Schuldnern im Verzug 20 % oder 30 % zu fordern. Man hat nicht erwogen, dass dem hohen lucrum im Handel ein hohes periculum entspricht. —

Das Wesen der besprochenen Regel des römischen Rechtes im Gegensatz zur herrschenden Lehre können wir negativ dahin formuliren, dass bei der Schätzung des Nutzens vom Gebrauche einer Geldsumme oder sonstiger Umlaufsmittel der Unternehmergewinn nicht in Betracht kommt, positiv, dass dieser Nutzen nach dem ortsüblichen Verbrauchskapitalzins (Zinsen) bemessen wird.[1]

3. Im Falle des Gebrauches der Arbeitskraft eines freien Menschen wird nach dem römischen Recht nicht berechnet, welchen Nutzen der Ersatzpflichtige aus diesem Gebrauch thatsächlich gezogen hat. Vielleicht haben die in Betracht kommenden operae (z. B. eines Gutsverwalters, eines institor des

1) Dies Princip bezieht sich auf die geschehene oder entgangene in usus conversio und berührt die Prästation des bedungenen Einkommens nicht. Im Falle der faeneratio leistet der Schuldner natürlich die usurae perceptae, desgleichen, wenn der Gläubiger nachweist, dass ihm durch den Verzug eine günstige occasio faenerandi entzogen worden ist, so bekommt er die durch die verzinsliche Anlage gewinnbar gewesenen Zinsen, auch wenn diese höher als die landesüblichen sind.

Handelsgeschäftes) das Vermögen des Ersatzpflichtigen beträchtlich vermehrt (oder vermindert); dies wird aber nicht geschätzt. Anstatt dessen werden die mercedes operarum geschätzt. Auch hier also können wir sagen: Der Unternehmergewinn (resp. -verlust) kommt nicht in Betracht. Nur der übliche Arbeitslohn wird ersetzt.

Diese Schätzungsmethode wird auch in dem Falle des Schadensersatzes wegen der entzogenen Erwerbsmöglichkeit angewendet. Wenn Jemand die Arbeitsunfähigkeit eines Anderen verschuldet hat, so werden die mercedes operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est (l. 7 D. de his qui effud.) geschätzt. Aus der herrschenden Schadensersatztheorie folgt dagegen, dass z. B. ein Bauer nachweisen müsste, welcher Schaden für ihn daraus entsteht, dass er sein Grundstück nicht weiter persönlich bebauen kann. Wenn er einfach die mercedes der entsprechenden operae fordern wollte, wäre es ihm vom Standpunkt der gemeinen Schadensersatztheorie aus zu erwidern, dass er ja kein Lohnarbeiter ist, dass er keine mercedes gewinnen würde. Dies würde zur Schädigung des arbeitsunfähig gewordenen führen. Es ist oft sehr schwer nachzuweisen, um wie viel weniger die Wirthschaft Einkommen bringt, weil die Arbeit, welche der pater familias verrichtet hat, nunmehr andere Familienmitglieder oder ein Knecht besorgen müssen.

In anderen Fällen dagegen würde die konsequente Durchführung der herrschenden Theorie zu übertriebenen Schadensliquidationen führen. Wenn der Arbeitsunfähige Besitzer einer grossen Fabrik oder eines bedeutenden Handelsgeschäftes ist, wird er geltend machen, dass der Schaden aus der Unmöglichkeit seiner persönlichen Theilnahme am Erwerbsgeschäft viele Tausende jährlich beträgt. Nach dem Sinne des röm. Rechtes kommt in derartigen Fällen vielmehr das Gehalt eines Prokuristen, eines Fabrikverwalters oder dgl. in Betracht. Analog bestimmt § 6 Abs. 5 des Reichsgesetzes vom 5. Mai 1886 (Unfallversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen):

„Bei Berechnung der Rente für versicherte Betriebs**unternehmer** ist nach Absatz 3 für den Sitz des Betriebes festgestellte durchschnittliche **Jahresarbeitsverdienst** land- und forstwirthschaftlicher **Arbeiter** zu Grunde zu legen.“

Durch die Hereinziehung des Unternehmergewinnes gewinnt die herrschende Lehre hier ebenso wie bei der Behandlung der

sub 1 und 2 besprochenen Erscheinungen eine in hohem Maasse plutokratische Tendenz, welche dem röm. Recht im betreffenden Gebiete fremd war.

Wenn wir den nicht unmöglichen Fall voraussetzen, dass Jemand eine Zeit lang ein Erwerbsgeschäft (z. B. ein Handelsgeschäft) betrieben, wobei er alle zum Zweck des Erwerbes gebrauchten Produktionsfaktoren mit Unrecht für sich ausgebeutet hat (z. B. er war in Bezug auf das als Geschäftslokal gebrauchtes Haus ein m. f. possessor alienae rei, in Bezug auf die Geldsummen oder Waaren ein m. f. possessor hereditatis, in Bezug auf die zum Handel gebrauchten fremden operae ein vermeintlicher Gläubiger, welcher die operae mit Unrecht als debitum erlangt hat), und alle Subjekte dieser Produktionsfaktoren ihre Ersatzansprüche mit Erfolg geltend machen, so wird nach dem oben Ausgeführten eine Zerlegung des Unternehmereinkommens unseres Kaufmannes geschehen, wobei er dem einen Gegner das umlaufende Kapital mit üblichen Zinsen, dem anderen das stehende Kapital mit dem Gebrauchskapitalzins + Amortisationsquote, dem dritten den üblichen Arbeitslohn herausgiebt, so dass er selbst den (positiven oder negativen) Unternehmergewinn behält. Es ist höchst eigenthümlich, dass das röm. Gewohnheitsrecht auf dem Wege der unbewussten Entwickelung zu denselben praktischen Ergebnissen in Bezug auf die Analyse des Einkommens gelangt ist, zu welchem die Nationalökonomie auf dem Wege der Theorie gekommen ist.

Das röm. Recht kennt aber noch eine andere Methode der Zerlegung des Unternehmereinkommens in seine Bestandtheile: A. hat das Grundstück des B. (z. B. als m. f. possessor rei oder hereditatis) eine Zeit lang bewirthschaftet und dabei seine Kapitalien und technische operae verwendet — und muss nunmehr dem Eigenthümer fructus restituiren. In diesem Falle verbleibt der Unternehmergewinn dem Besitzer nicht. Die Summe der fructus percepti, d. h. das Unternehmereinkommen (worin der Unternehmergewinn steckt) wird dem Eigenthümer zurückerstattet. Der Besitzer kann nur Abzüge wegen der Verwendungen machen. Wegen seiner zum Zweck der Produktion verwendeten operae zieht er den geopferten Arbeitslohn ab (oben § 33). Seine Arbeitsthiere und andere stehende Kapitalstücke nimmt er mit der geopferten merces (oder Kapitalzins + Amortisation) zurück (§ 8). Die Summe der

von ihm verwendeten Umlaufsmittel (z. B. auf die Errichtung eines fehlenden aedificium fructibus cogendis necessarium) bekommt er mit den geopferten Zinsen ersetzt[1] (§ 16).

Während also in den oben erörterten Fällen das Unternehmereinkommen und somit der Unternehmergewinn auf der Seite des Fruchtpflichtigen verbleibt und aus diesem Gesammteinkommen für den Gläubiger die Zinsen etc. abgezogen werden, findet hier ein umgekehrtes Verfahren statt: das Gesammteinkommen wird dem Fruchtgläubiger gewährt, und die Abzüge wegen des Kapitalzinses und Arbeitslohnes finden zu Gunsten des Schuldners statt.

Es entsteht nun die Frage, wann das erste, wann das zweite Verfahren stattfindet und worin der Grund dieses Gegensatzes besteht. Was hat z. B. der Besitzer einer fremden Erbschaft als fructus hereditatis zu leisten, wenn die Erbschaft in einer Fabrik, z. B. einer Bierbrauerei, oder in einem Handelsgeschäft besteht? Der Besitzer der fremden Bierbrauerei hat durch die Produktion des Bieres im ersten Jahre 10000, im zweiten 15000, im dritten 7000 (nach Abzug des von ihm geopferten Zinses vom eigenen Kapital und des Lohnes wegen der operae impensae) Reineinkommen erzielt; kann der Eigenthümer 32000 als fructus percepti zurückfordern? Prima facie kann unsere Frage sonderbar erscheinen; natürlich ist das gewonnene Reineinkommen als fructus percepti dem Eigenthümer der Brauerei zu erstatten; welche ratio dubitandi ist hier vorhanden? Indessen löst sich die Frage nicht so einfach, wie es prima facie scheint. Zunächst konstatiren wir, dass deren bejahende Entscheidung mit einem Schlag die ganze herrschende Fruchtlehre vernichten würde. Wenn wir nämlich anerkennen, dass das von einer Brauerei durch die Produktion des Bieres erzielte Einkommen als fructus percepti, die durch die nachlässige Produktion verursachte Mindereinnahme als fructus percipiendi etc. zu behandeln sind, so erkennen wir damit an, dass die gewonnene Masse Bier ebenso eine Frucht der Bierbrauerei, wie die von einem Landgut gewonnene Masse Getreide fructus fundi bildet. Dieses

1) Die Gegenforderungen des Besitzers wegen der Verwendungen werden durch das Einkommen gedeckt; insoweit die Kompensation bewirkt ist, hört natürlich der Zinsenlauf auf. Ebenso soll der tutor, neg. gestor etc. seine Forderungen aus den Verwendungen den Interessen des Geschäftsherrn gemäss sich selbst bezahlen. Wenn dies geschehen oder nachlässigerweise versäumt ist, können die geopferten Zinsen nicht gefordert werden (l. 3 § 5 D. de contr. tut. a. 27, 4: si tamen fuit in substantia pupilli unde [impensas] consequetur, dicendum est non oportere eum usuras a pupillo exigere).

Ergebniss wäre aber mit der herrschenden Fruchtlehre absolut unvereinbar. Das Bier kann zu den fructus naturales einer Brauerei nicht gehören, weil es kein org. Erzeugniss derselben ist, überhaupt nicht durch die separatio vom Körper der Brauerei gewonnen wird; es kann auch zu den fructus civiles nicht gehören, weil es nicht durch die Vermiethung oder ähnliche Rechtsgeschäfte gewonnen wird.

Im Allgemeinen bildet die Frage nach den Früchten einer Fabrik für die gemeine Fruchtlehre eine unangenehme Ueberraschung. Die gemeine Lehre ist auf solche Fragen nicht vorbereitet, weil man bei der Aufstellung und Entwickelung derselben nur an die Früchte von denjenigen Gegenständen gedacht hat, deren fructus in den römischen Quellen gewöhnlich erwähnt werden (fundus, pecora, domus, homo ...).

Da wir im Corpus iuris keine Erwähnung von den Früchten einer Fabrik finden, so lässt sich für unsere Frage auch keine direkte quellenmässige Entscheidung gewinnen. Auch die Anwendung der Methode der analogia legis kann die Schwierigkeiten kaum beseitigen. Könnte man vielleicht auf folgende Weise argumentiren? Eine Bierbrauerei ist als ein praedium urbanum zu behandeln. Die römischen Quellen erwähnen die Früchte von folgenden Arten der praedia urbana: domus, area, taberna. Bei allen diesen Gegenständen werden als fructus pensiones perceptae vel quae percipi potuerint geschätzt; fructus praediorum urbanorum und pensiones praediorum urbanorum sind für die römischen Juristen identische Begriffe (vgl. l. 7 § 11 D. s. m.: De pensionibus quoque praediorum urbanorum idem est quod in fructibus rusticorum; l. 36 D. de usuris 22, 1). Ein Schneider, welcher eine fremde taberna als Local für sein Geschäft benutzt, braucht keineswegs das durch die Schneiderei erzielte Einkommen dem Eigenthümer der taberna zu erstatten: er leistet nur den ortsüblichen Miethszins der taberna. Wenn wir diesen Grundsatz auf unseren Fall des Besitzes einer fremden Bierbrauerei analog anwenden, so wäre zu entscheiden, dass die Summe 32000 dem Besitzer verbleibt, welcher dem Eigenthümer nur die landesüblichen pensiones, z. B. 24000, zu leisten hat. Indessen würde diese Argumentation kaum Jemanden befriedigen. Man würde uns erwidern, dass die Analogie zwischen einer fremden taberna, in welcher ein Handwerker sein Geschäft betreibt, und einer Fabrik nicht zutrifft; diese zwei Gegenstände sind wirthschaftlich ganz verschiedene Dinge, welche zu dem durch die Produktion erzielten Gewinn in ganz ver-

schiedenen Verhältnissen stehen. Während bei einer taberna, in welcher ein Schneider oder ein Schuster sein Handwerk betreibt, der Schwerpunkt der Produktion in der Person des Handwerkers liegt, verschiebt sich das centrum gravitandi der Produktion, wenn wir an den Besitz einer Bierbrauerei und dergl. denken, in die Fabrik selbst, als einen fremden Produktionsorganismus. Die Erfindung der Dampfmaschine und die Entstehung der grossartigen Produktionsanstalten, welche man Fabriken nennt, hat eigenthümliche wirthschaftliche Erscheinungen herbeigeführt. Während die Produktion, welche mittelst Handwerkzeuge betrieben wird, leicht den Raum wechseln kann, gewinnt die produktive Wirthschaft einen festen Wohnsitz, wenn sie auf der Benützung der Dampfkraft beruht. Während bei der Produktion mittelst Handwerkzeuge der Mensch, seine Geschicklichkeit und Kunst die Hauptrolle spielen, wird der Arbeiter in der Fabrik gleichsam zu einem Diener der Maschine; diese ist der Herr und der Hauptproduzent; der Arbeiter ist nur ein Gehülfe. Diese Erscheinung notirt auch die gemeine Sprache. Man sagt oft, dass eine gewisse Fabrik soviel und soviel Gewinn gebracht hat, dass der Eigenthümer der Fabrik von dieser so viel und so viel Einkommen gewonnen hat. Durch solche Sätze konstatirt man, dass der Besitz einer Fabrik und der Produktionsgewinn im Kausalnexus mit einander stehen, dass der Produktionsgewinn sich aus dem Haben der Fabrik ergiebt. Wenn dagegen ein Schneider, welcher zu seinem Gewerbe eine fremde taberna als Raum gebraucht, 5000 durch die Kleiderproduktion gewonnen, oder wenn ein Künstler die im fremden Atelier geschaffenen Bilder für 5000 verkauft hat, wird Niemand sagen, dass diesen Gewinn die fremde taberna, das fremde Atelier gebracht hat. Wenn eine solche taberna für 500 Miethszins zu haben ist, so wird man höchstens sagen können, dass dem Schneider oder dem Künstler durch die Benutzung des fremden Raumes der Miethszins für einen entsprechenden Raum, d. h. 500, erspart worden ist.

Auch die Rechtsgeschäfte, durch welche man sich die Nutzung einer fremden Fabrik und eines Raumes für die Ausübung eines Handwerkes oder einer Kunst verschaffen kann, unterscheidet die gemeine Sprache von einander dadurch, dass sie verschiedene Namen dafür besitzt. Ein Atelier wird „gemiethet". Eine Fabrik wird „gepachtet". Wenn wir die Anwendung dieser Wörter auf die locatio-conductio der in den römischen Quellen erwähnten res quae usui und res quae fructui sunt beobachten, so können wir

leicht konstatiren, dass das Wort „Pacht" auf die letzteren Gegenstände, das Wort „Miethe" auf die ersteren Gegenstände gewöhnlich angewendet wird. Auf diese Weise warnt uns die gemeine Sprache, dass eine Fabrik nicht zu der Kategorie der res quae usui sunt zu rechnen ist, so dass auf dieselbe die Formel: qui utitur pensionem percipere videtur nicht anzuwenden ist; eine Fabrik ist vielmehr eine res fructui und der Produktionsgewinn als fructus percepti zu behandeln, ebenso wie bei einem Landgut.

Ebenso sprechen das praktische Taktgefühl und die Anschauungen des Verkehrs dafür, dass ein Erbschaftsbesitzer den vom erbschaftlichen Handelsgeschäfte erzielten Gewinn dem Erben erstatten soll, d. h. dafür, dass der Handelsgewinn als fructus des Handelsgeschäftes zu behandeln ist. Auch für diesen Satz ist kein Beweis in den Quellen zu finden. Diese lassen vielmehr das Dilemma unbeantwortet: Fingirtes oder Unternehmereinkommen? Die praktischen Ergebnisse der beiden Methoden sind sehr verschieden. Wenn wir uns für die Methode des fingirten Einkommens entscheiden, so bekommt der Erbe die ortsüblichen Zinsen vom Werthe der vom Besitzer verkauften ursprünglichen Waaren (umlaufendes Kapital) und den üblichen Miethszins für das Lokal, wenn das Geschäft in einer erbschaftlichen taberna betrieben wurde, zusammen z. B. 5000. Wenn aber das Geschäft prosperirte, hat der Besitzer vielleicht 15 000 gewonnen, wenn nicht, vielleicht gar nichts oder nur 1000. Wir haben zwar eine Stelle gefunden, welche gerade die Frage erörtert, ob bei einem Handelsgeschäfte das fingirte Einkommen oder das thatsächliche compendium zu erstatten ist. Dies ist die l. 58 pr. D. de adm. et per. 26, 7:

Qui negotiationem per Pamphilum et Diphilum prius servos, postea libertos exercebat, suo testamento eos tutores reliquit et cavit, ut negotium eodem more exerceretur, quo se vivo exercebatur: hique tutelam administraverunt non tantum, cum impubes patroni filius fuisset, sed etiam post pubertatem eius. sed Diphilus quidem cum incremento negotiationis rationes optulit, Pamphilus autem putavit reddere oportere non ad incrementum negotiationis, sed ad computationem usurarum, ut in tutelae iudicio solet. quaesitum est, an secundum voluntatem defuncti exemplo Diphili Pamphilus quoque rationem reddere debeat. respondit debere. Claudius Tryphoninus: quia lucrum facere ex tutela non debet.

Allein diese Entscheidung liefert keinen sicheren Beweis, dass

auch der Erbschaftsbesitzer das compendium negotii (vgl. l. 47 § 6 eod.), nicht aber die usurae zu erstatten hat. Dafür spricht zwar die Begründung der Entscheidung: quia lucrum facere ex tutela non debet. Wenn wir darauf Gewicht legen, so müssen wir entscheiden, dass auch der Erbschaftsbesitzer, welchem omne lucrum (ex hereditate) auferendum est (l. 28 D. de H. P. 5, 3), den Handelsgewinn herauszugeben hat. Wenn dieser ein lucrum ex tutela dem Vormund gegenüber bildet, so ist er ein lucrum ex hereditate (ex possessione hereditatis), wenn es sich um den Erbschaftsbesitzer handelt. Allein dieser Schluss vermag uns keine volle wissenschaftliche Befriedigung zu gewähren. Der Ausspruch: „quia lucrum facere ex tutela non debet" enthält das Motiv, die theoretische Begründung der Entscheidung. Solche theoretische Aussprüche der römischen Juristen sind aber principiell misstrauisch zu behandeln. Wir haben im Band I eine ganze Masse von richtigen Entscheidungen mit ungeschickter oder vollständig falscher theoretischer Begründung kennen gelernt. Auch den obigen Ausspruch können wir jedenfalls nicht als eine geschickte Begründung der Entscheidung, warum der Vormund den Gewinn vom Handelsgeschäfte des Mündels herauszugeben hat, anerkennen. Der Vormund handelt als Vertreter der Mündelinteressen und dies würde genügen, um die fragliche Entscheidung zu begründen. Darum betrachten wir diese letztere gleichfalls als keinen sicheren Beweis, dass der Erbschaftsbesitzer den Handelsgewinn vom erbschaftlichen negotium zu prästiren hat; denn der Besitz einer fremden Erbschaft begründet keine (direkte noch indirekte) Vertretung des Erben. Ja, wenn wir die Regeln des Titels 5, 3 de hereditatis petitione über den Verkauf der erbschaftlichen Sachen berücksichtigen, so kommen wir zu dem Ergebnisse, dass diese uns keine Möglichkeit gewähren, die Herausgabe des Handelsgewinnes seitens des Besitzers juristisch zu begründen. Wenn der Besitzer die Waaren ordnungsmässig verkauft und vom Erlös neue Waaren kauft, um diese wieder zu verkaufen, wie dies der Handel erfordert, so möchten wir erwarten, dass das Recht diesen Lebensprozess des Handelsgeschäftes, den organischen Stoffwechsel desselben, anerkennt und billigt. Zu diesem Zweck müsste man: a) dem Besitzer den ordnungsmässigen Waarenverkauf gestatten, d. h. im Falle des Verkaufes das pretium an Stelle der res eintreten lassen; b) im Falle der Verwendung dieses pretium auf den Ankauf neuer Waaren müsste man zu der Erbschaft nunmehr diese Waaren

rechnen; kurz man müsste ähnliche Summissionsregeln aufstellen, wie in Bezug auf die Bewirthschaftung einer Heerde. Am Ende müsste darnach der Besitzer das Geschäft mit dem gehörigen Waarenbestande und dem Gewinn zurückgeben. Wenn der Besitzer das Geschäft vernachlässigt und für den gehörigen Umlauf der Waaren nicht sorgt, müsste man ihn ebenso wie bei einer Heerde oder einem Landgut die verschuldete Mindereinnahme (fructus percipiendi) zu erstatten verpflichten. Eine entgegengesetzte Tendenz haben nun die Regeln der her. petitio. Diese haben vielmehr die Tendenz, den Stoffwechsel im Handelsgeschäfte zu sistiren und das Unternehmen ökonomisch zu tödten. Zum Verkauf der erbschaftlichen Sachen ist der Besitzer nicht verpflichtet; im Gegentheil, er wird davon durch die Regel: rerum ex hereditate venditarum aestimatio in arbitrio petitoris consistit geradezu abgeschreckt. Wenn wir über diese Schwierigkeit hinwegsehen und annehmen, dass beim Verkauf der Waaren das pretium in Betracht kommt, so erfahren wir weiter über die Pflichten des Besitzers: wenn er den Preis konsumirt, leistet er ortsübliche Zinsen; wenn er ihn müssig liegen lässt, können von ihm die Zinsen nach dem Prozessbeginn verlangt werden. Von der Regel, dass von dem Preise neue Waaren zu kaufen sind, und von der Verantwortlichkeit des Besitzers im Falle der Nichterfüllung dieser Pflicht finden wir jedenfalls keine Spur. Kurz, wir müssen anerkennen, dass das römische Recht in Bezug auf die Behandlung eines Handelsgeschäftes eine Lücke aufweist.[1] Dies wird uns noch klarer werden, wenn wir an den Fall denken, dass Jemand nicht als Erbschaftsbesitzer, sondern z. B. als ein malae fidei emptor ein fremdes Handelsgeschäft besitzt und davon Gewinn zieht. Eine einheitliche vindicatio negotiationis kennen unsere Quellen nicht. Daher ist es hier noch weniger, als bei der her. petitio, möglich, die Summission der Waaren anzuerkennen und den Besitzer zum ordentlichen Betrieb des Geschäftes zu verpflichten. Der Eigner des Geschäftes kann nur die noch vorhandenen ursprünglichen Waaren vindiciren und den Werth der verkauften kondiciren. Daher kann auch der vom Handelsgeschäfte erzielte Gewinn dem Besitzer auf keine Weise entzogen werden. Es wäre also vergebliche Mühe, die Regeln über die Handelsgeschäfte, welche wir für diese „universitates rerum" als sach-

1) Keinen genügenden Ersatz dafür liefert das Princip der l. 20 pr., § 1 D. 5, 3, vgl. „Fruchtvertheilung" S. 195 fg.

gemäss betrachten, in die römischen Quellen hineininterpretiren zu wollen. Die Aufgabe der Wissenschaft besteht vielmehr darin, das Vorhandensein der Lücke anzuerkennen und sachgemässe Principien für die Ausfüllung derselben zu finden.

Wir setzen in weiterer Darstellung voraus, dass der Erbschaftsbesitzer zum ordentlichen Betrieb des Handelsgeschäftes durch sachgemässe Regeln über den Wechsel der Waaren etc. ermächtigt und verpflichtet ist, desgleichen, dass eine Vindikation eines Handelsgeschäftes und sonstiger Unternehmungen als solcher, d. h. als besonderer Gesammtkapitalien, anerkannt ist, und kehren nunmehr zu der Frage zurück, ob bei den Fabriken, Handelsgeschäften und dgl. Unternehmungen, die Prästation des fingirten Einkommens oder des thatsächlichen Produktionsgewinnes sachgemässer ist. Wir haben oben darauf hingewiesen, dass der letztere Grundsatz den Anschauungen des Verkehrs und den Forderungen des Rechtsbewusstseins zu entsprechen scheint. Damit kann die Wissenschaft selbstverständlich sich nicht begnügen. Wir müssen vielmehr die Postulate des instinktiven Rechtsgefühles, des praktischen Taktes einer bewussten Kritik unterwerfen. Es handelt sich darum, festzustellen, wem der Unternehmergewinn gebührt, dem Eigner der Unternehmung oder dem Besitzer der Anstalt und thatsächlichen Leiter der Produktion. Es entsteht die Vorfrage nach dem Ursprung und der Quelle des Unternehmergewinnes. Wenn wir nämlich annehmen, dass die Quelle des Unternehmergewinnes die vom Besitzer thatsächlich beherrschten res alienae (die fremde Anstalt) bilden, so ist konsequent zu entscheiden, dass ihm dieses lucrum ex alieno entzogen werden muss, dass es dem Eigner jener res gebührt. Anders werden wir entscheiden müssen, wenn wir annehmen, dass die Quelle des Unternehmergewinnes in der Person des Gewinnenden liegt. Hier begegnen wir nun wieder ausserordentlichen Schwierigkeiten. Kaum eine Frage befindet sich in der Wirthschaftstheorie in einem so kläglichen Zustand, wie die Frage nach der Quelle des Unternehmergewinnes. Die berühmtesten Räthsel der romanistischen Wissenschaft haben kaum eine so grosse und widerspruchsvolle Literatur erzeugt, wie diejenige über das Wesen des Unternehmergewinnes. Daraus folgt für uns die Nothwendigkeit, einen kritischen Blick auf verschiedene Theorien zu werfen und eine von denselben zu wählen, resp. eine eigene Ansicht zu begründen. Auf eine genaue und eingehende Behandlung der Frage müssen wir indessen hier verzichten. Die Frage nach dem

Ursprung und Wesen des Unternehmergewinnes gehört eigentlich in die Lehre vom Einkommengewinn (von der Vertheilung des Volkseinkommens) und zwar bildet sie eines der wichtigsten und schwierigsten Probleme dieser Lehre. Darum müssen wir die sedes materiae in den dritten Band verweisen. Hier beschränken wir uns darauf, unseren später genauer zu begründenden Standpunkt kurz anzudeuten, insofern dies für die mindestens vorläufige und hypothetische Begründung der nachfolgenden Sätze über die Fruchtprästationen unumgänglich ist. Dieses unser an sich wenig sachgemässes Verhalten ist die Folge des fundamentalen systematischen Fehlers, welcher in der Darstellung des Einkommensersatzes vor dem Einkommensgewinn besteht. Im Nachfolgenden liefern wir also nur eine sehr summarische Kritik der aufgestellten Theorien und Begründung unseres Standpunktes zu der Frage: Die englischen nationalökonomischen Klassiker haben den Unternehmergewinn als Theil des Kapitalgewinnes betrachtet, genauer denselben vom Kapitalgewinn nicht unterschieden. Wenn wir dieser Meinung folgen, werden wir den Unternehmergewinn dem Eigner der Unternehmung erstatten lassen. Die französische Schule (ebenso jetzt z. B. Roscher) hat dagegen die Quelle des Unternehmergewinnes in der Arbeit des Gewinnenden erblickt. Darnach würden wir entscheiden, dass dem Eigner der Anstalt nur der übliche Kapitalzins (als lucrum ex re) gebührt. Der Gewinn soll dagegen dem Besitzer verbleiben (vgl. l. 45 D. ad sctum Treb. 36, 1: Qui rogatus est restituere quod ex bonis alicuius ad eum pervenit, ea restituit quae ex hereditate habet, non quae ex persona sua). Aehnlich wäre zu entscheiden, wenn wir den Gewinn als Rente von Talenten und sonstigen Geisteseigenschaften ansehen. Andere wiederum finden die Quelle des Unternehmergewinnes in dem an den Arbeitern verübten Unrecht, indem der Unternehmer diesen nur einen Theil des Mehrwerthes leistet, welchen sie durch ihre Arbeit erzeugt haben, den Löwentheil aber für sich behält. Darnach würden wir den auf diese Weise erzielten Gewinn als turpis quaestus behandeln und dem Besitzer belassen. Analog und aus ähnlichen Gründen wäre zu entscheiden, wenn wir der Theorie folgen, wonach der Unternehmergewinn ein Resultat des Glückes und Zufalles ist, eine Risicoprämie bildet. Aus anderen Gründen, aber zu demselben praktischen Ergebniss gelangen wir, wenn wir den Gewinn als Prämie für die vollständige Befolgung des wirthschaftlichen Gesetzes der mindesten Kosten und des höchsten Nutzens betrachten, oder wenn wir darin

eine Entschädigung für Sorgen und Kummer, welche mit der Unternehmerthätigkeit verbunden sind, sehen. Es würde uns zu weit führen, wenn wir hier alle Ansichten anführen wollten.[1] Die Masse derselben wird noch erheblich dadurch vergrössert, dass man oft die oben hervorgehobenen oder anderen Elemente mit einander kombinirt und auf diese Weise neue eklektische Theorien schafft, z. B. der Unternehmergewinn bilde eine Kombination der Gefahrprämie und der Prämie für besondere Fähigkeiten des Unternehmers; er bilde eine Kombination des Arbeitslohnes und Kapitalzinses und dgl. Die meisten Theorien haben nur eine sehr geringe Anzahl von Anhängern, meistens nur den Verfasser allein aufzuweisen. Immerhin kann man als die gegenwärtig herrschende Lehre das Prinzip betrachten, dass man den Unternehmergewinn nicht mit dem Arbeits- und Kapitaleinkommen zu vermengen hat, dass er ein völlig selbständiger Zweig des Einkommens ist und eine besondere Natur hat, so dass die neuesten Theorien grosse Sorgfalt darauf verwenden, aus dem Gesammteinkommen des Unternehmers alle Bestandtheile, welche sich auf die Arbeit und Kapital zurückführen lassen, theoretisch auszuscheiden und für den Ueberschuss eine selbständige Quelle und Ursache zu finden. Dies geschieht mitunter nicht ohne versteckte oder offen ausgesprochene Tendenz, die herrschende Ordnung der Gütervertheilung zu rechtfertigen und zu begründen. Charakteristisch ist in dieser Beziehung die neuerdings erschienene Abhandlung von Körner: „Unternehmer und Unternehmergewinn“, welche ihren Zweck so ankündigt: „Einer jener Punkte, auf welchem der (soziale) Kampf am heftigsten tobt, ist das Unternehmen. Diesen Punkt zu stützen, soweit er gestützt zu werden verdient, die volkswirthschaftliche Funktion des Unternehmens klarzustellen und daraus die Berechtigung des Unternehmergewinnes abzuleiten bildet den Zweck gegenwärtiger Schrift“ (Vorwort). Von diesem Standpunkt aus sagt der Verfasser von denjenigen Nationalökonomen, welche den Unternehmergewinn dadurch (irrthümlich) rechtfertigen, dass sie ihn als Frucht der Arbeit darstellen: „Gott bewahre uns vor ungeschickten Freunden!“ (S. 12.) Die feste Burg nun, welche keine Blössen für feindliche Angriffe übrig lässt, soll nach der

1) Treffliche Uebersicht und Kritik verschiedener Theorien findet man bei Pierstorff, Die Lehre vom Unternehmergewinn (1875); Mataja, Der Unternehmergewinn (1884).

Theorie von Körner im Folgenden bestehen: „Der Unternehmergewinn ist der Sold für das volkswirthschaftliche Amt der Vermittlung zwischen den einzelnen Produktionskräften als Produktionsfaktoren unter einander oder zwischen der Produktion und Konsumption“ (S. 56). Da nun der Verfasser Alles, was als Aequivalent der vom Unternehmer geleisteten Arbeit (wenn dies thatsächlich geschah, was nicht nothwendig ist) erscheint, zum Arbeitslohn rechnet und vom Unternehmergewinn scharf scheidet, so läuft seine Theorie im praktischen Endergebniss darauf hinaus, dass das „volkswirthschaftliche Amt des Unternehmers“, als solches, ein höchst bequemes und angenehmes ist, bei welchem man „keine Finger zu rühren, keine Faser seines Gehirnes anzustrengen“ hat, dafür aber reich besoldet wird. Dadurch hat der Verfasser auf eine glänzende Weise sein Urtheil über seine Vorgänger: „Gott bewahre uns vor ungeschickten Freunden!“ gerechtfertigt und eine unangreifbare Stütze für die herrschende Ordnung der Gütervertheilung geschaffen. Wir haben indessen diese Theorie nicht zu dem Zweck angeführt, um nach Kräften für die Verbreitung der neuerfundenen scharfen „Waffe gegen den feindlichen Angriff“ zu sorgen, sondern nur um zu veranschaulichen, welche Schwierigkeiten entstehen, wenn wir für den Unternehmergewinn eine neue Quelle und Ursache ausser dem Kapital und Arbeit auffinden wollen.

Viele Theorien des Unternehmergewinnes hätten das Licht der Welt gewiss nicht erblickt, wenn die Nationalökonomen dem positiven Civilrecht und seinen einzelnen Sätzen mehr Aufmerksamkeit schenkten, als dies gewöhnlich geschieht. Nach den Regeln der tutela impuberum und cura dementis, furiosi gehört der Unternehmergewinn vom Handelsgeschäfte oder dgl. des Kindes oder des Irrsinnigen diesen „Beamten der Volkswirthschaft.“ Nach der römischen Definition des Begriffes Unternehmer (exercitor), welche mit derjenigen der Nationalökonomie übereinstimmt, ist Unternehmer derjenige, welchem das Unternehmereinkommen zufliesst (Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, l. 1 § 15 D. de exerc. act. 14, 1). Darnach kann ein neugeborenes Kind oder ein Wahnsinniger ebensogut ein Unternehmer sein, wie jeder Andere. Alle Theorien also, welche die Quelle des Unternehmergewinnes in der Person des Unternehmers finden (Arbeit, Talente, kluge Befolgung der ökonomischen Gesetze, Sorge etc.), waren von vornherein hinfällig. Desgleichen ist die Aufgabe, den Unternehmergewinn vom Standpunkt

der persönlichen Verdienste des Unternehmers zu rechtfertigen, ihn als gerecht weil verdient darzustellen, undankbar und unerreichbar. Eine Andeutung, wo die Quelle des Unternehmergewinnes zu suchen ist, enthält die Thatsache, dass das römische Gewohnheitsrecht denselben bald an die Person des Produzenten, bald an den Eigner der Kapitalien knüpft (vgl. oben S. 401 fg.). Die unbewusste Weisheit des Gewohnheitsrechtes ergiebt oft ein höchst werthvolles Material für die induktive Erkenntniss der socialen Erscheinungen. So auch in unserem Falle. Das römische Recht warnt: „Das Wesen des Unternehmergewinnes besteht nicht darin, dass er ein lucrum ex re ist. Wenn es so wäre, dann müsste man den Künstler, welcher ein fremdes Atelier mit anderen Werkzeugen der Kunst besitzt (instructam et ornatam medicinae exercendae causa tabernam dedit. Cicero pro Cluentio 63, 178), den durch die Ausübung der Kunst gezogenen Gewinn dem dominus tabernae restituiren lassen. Das Wesen des Unternehmergewinnes kann auch nicht als lucrum ex persona charakterisirt werden; sonst könnte man den Besitzer eines fremden fundus nicht die fructus percepti restituiren lassen. Ausser Arbeit und Kapital (wohin wir auch den fundus rechnen) giebt es keine anderen Produktionsfaktoren. Dann bleibt also nichts übrig, als den Unternehmergewinn bald auf das Kapital, bald auf die Arbeit zurückzuführen." So spricht das römische Recht und wir glauben, dass es das Richtige trifft.

Gegen die herrschende Lehre (wonach der Unternehmergewinn vom Kapitalgewinn und Arbeitseinkommen zu scheiden und auf eine besondere Quelle zurückzuführen ist) sind u. A. folgende Einwände zu richten:

a) Sie befindet sich im Widerspruch mit sich selbst, indem sie einerseits nur drei Produktionsfaktoren anerkennt (Natur, Kapital, Arbeit), andererseits aber dem Unternehmergewinn eine besondere Quelle zuschreibt. Wenn man den Widerspruch vermeiden will, muss man das Vorhandensein eines vierten Produktionsfaktors annehmen.

b) Diesem Widerspruch fügt die herrschende Lehre bei der Zerlegung des Unternehmereinkommens in einzelne Bestandtheile einen zweiten hinzu, indem sie den vom Unternehmer geliehenen Kapitalien (mutuum, locatio conductio) keinen Antheil zuschreibt. Wenn der Unternehmer 1000 eigenes und 1000 geliehenes Kapital zum Zweck der Produktion verwendet hat, so steckt im Unternehmer-

einkommen nach der herrschenden Lehre der übliche Kapitalzins von 1000 des Unternehmers, sagen wir 40. Wir fragen nun, warum nur das eigene Kapital dem Unternehmer 40 Gewinn gebracht haben soll, nicht aber auch das geliehene. Nehmen wir an, dass der Unternehmer die zweiten 1000 M. mittelst eines mutuum gratuitum sich verschafft hat, d. h., dass er für den Gebrauch dieses Kapitals Niemandem ein Entgelt zu zahlen hat. Wir sehen nun keinen Grund ein, warum der Unternehmer nicht denselben Gewinn vom fremden ihm umsonst geliehenen Kapital gewonnen haben soll, wie vom eigenen. Wenn Jemand seinem Freunde zu gewerblichen . . . Zwecken Geld zinslos leiht, verschafft er ihm nach der herrschenden Lehre niemals einen Kapitalgewinn; vom geliehenen Kapital kann man keinen Kapitalzins ziehen! Die Ursache dieser eigenthümlichen Konsequenzen besteht darin, dass die herrschende Lehre ihr richtiges und gesundes Princip, wonach alle für die Produktion nöthigen Kapitalien als Produktionsfaktoren zu betrachten sind, in Widerspruch mit sich selbst, in der Lehre vom Unternehmergewinn verlässt. Hier taucht als deus ex machina der Satz auf, dass die Eigenschaft eines Kapitals als Produktionsfaktors vom Rechtstitel abhängt, auf Grund dessen der Unternehmer das Kapital für sich nutzbar macht. Dieser Rechtstitel kann indessen das Produktionsergebniss und den Gewinn auf keine Weise beeinflussen. Wir müssen also die herrschende Lehre dahin korrigiren, dass im Unternehmereinkommen der übliche Kapitalzins 4 % sowohl vom eigenen des Unternehmers wie vom umsonst geliehenen Kapital steckt. Konsequent nehmen wir an, dass der Unternehmer denselben Kapitalzins von geliehenen Summen gewinnt, wenn er das Geld gegen 1 %, 2 %, 4 % oder 6 % Zinsen geliehen hat. Dann erscheint es merkwürdig, warum manche Unternehmer zum Zweck der Gründung oder Erweiterung ihrer Unternehmungen sich Kapitalien gegen 6 % Zinsen zu verschaffen entschliessen, da doch diese Kapitalien nach der Wirthschaftstheorie ihnen nicht mehr als 4 % Gewinn einbringen können. Es entsteht der Zweifel, ob denn die Annahme richtig ist, wonach die in der Unternehmung benutzten Kapitalien immer den landesüblichen Zins, nicht mehr und nicht weniger, dem Unternehmer einbringen.

c) Es ist vielmehr anzunehmen, dass die im Unternehmen verwendeten Kapitalien dem Unternehmer unter Umständen keinen, unter Umständen aber einen sehr hohen Zins gewähren. A. hat ein Restaurant eingerichtet, darauf 1000 verwendet, ein ganzes Jahr

umsonst auf Kunden gewartet oder nur 10 Gäste bei sich gesehen; nunmehr ist er ruinirt und konstatirt u. E. mit Recht, dass er nicht nur den üblichen Kapitalzins von seinem Geld nicht erzielt, sondern auch sein Stammvermögen verloren hat. Wenn er nun in einem Lehrbuch der Wirthschaftstheorie nachschlägt, so erfährt er, dass in Wirklichkeit etwas ganz Anderes geschehen ist. Das Lehrbuch belehrt ihn nämlich, dass er von seinem Kapital den üblichen Zins gewonnen hat. Wir können nicht annehmen, dass die Einkommenstheorie, welche zu solchen spitzfindigen und unnatürlichen Konsequenzen führt, das Richtige getroffen hat. Wie sind die Wirthschaftstheoretiker zu dem (u. E. höchst eigenthümlichen) Gedanken gekommen, dass im Unternehmereinkommen immer der übliche Kapitalzins enthalten ist? Man sagt: die Nutzung eines Kapitals ist ein ökonomisches Gut, welches seinen Marktwerth hat (ortsüblicher Kapitalzins). Wenn nun Jemand zu Unternehmerzwecken dieses Gut verwendet, so wäre es unrichtig anzunehmen, dass er mehr von seinem Kapital gewinnen kann, als den üblichen Kapitalzins, weil die Kapitalnutzung als solche, wenn er dieselbe auf den Markt gebracht hätte (bedungenes Einkommen), ihm nur den üblichen Preis verschafft hätte. Andererseits wäre es unrichtig anzunehmen, dass im Unternehmereinkommen weniger, als der übliche Kapitalzins beträgt, enthalten sein kann, weil der Unternehmer ein ökonomisches Gut geleistet hat, welches im Verkehr einen bestimmten Preis besitzt.[1] Diese Argumentation kann u. E. die herrschende Lehre nicht retten. Die obige Begründung, warum das Kapital im Unternehmen nicht mehr als den üblichen Zins abwerfen kann, ist nicht stichhaltig. Aus der Prämisse: der Unternehmer würde für die Nutzung seines Kapitals auf dem Kapitalmarkt nur 4 % bekommen — folgt keineswegs der Schluss, dass er nicht 8 % Kapitaleinkommen gewinnen kann, wenn er sein Kapital nicht auf den Kapitalmarkt bringt, sondern auf andere Weise ausbeutet. In der bekämpften Argumentation steckt der Satz: verschiedene Ursachen müssen identische Folgen herbeiführen, was die Verleugnung des Grundprincipes der Induktion bedeutet. Mit demselben Rechte könnte man sagen: Wenn ein Wucherer für eine Summe Geld 30 % jährlich bekommen hat, so darf man nicht glauben, dass dies wirklich geschehen ist, weil der betreffende Kapitalist nur 4 % Zinsen gewinnen könnte, wenn er die Nutzung

1) Vgl. Mataja, der Unternehmergewinn S. 143.

seines Kapitals auf dem gewöhnlichen Kapitalmarkt verkauft hätte. Es ist vielmehr zu sagen: was der Unternehmer an bedungenen Zinsen gewinnen könnte, ist für die Ermittelung seines Gewinnes von dem im Unternehmen verwendeten Kapital absolut gleichgültig. Er hat sein Kapital eben nicht auf die Gewinnung der bedungenen Zinsen, sondern auf eine ganz andere Weise verwendet; daraus kann sich entsprechend auch ein ganz anderer Gewinn vom Kapital ergeben.

Ebenso fehlerhaft ist die angeführte Begründung, warum der Unternehmer nicht weniger, als den üblichen Zins, im Unternehmereinkommen wiederfindet. Die Prämisse, wonach die Nutzung eines Kapitals ein ökonomisches Gut von Werth ist, ist richtig. Der Schluss aber, dass der Unternehmer darum in seinem Gesammteinkommen den Werth dieses ökonomischen Gutes immer wiederfindet, ist unhaltbar. Dabei zieht man nicht die Thatsache in Betracht, dass die Verwendung der Nutzung eines Kapitals bei der Produktion die Vernichtung dieses Gutes bedeutet. Der Unternehmer, welcher sein Kapital bei der Produktion gebraucht, sagt seinem ökonomischen Gute, der Nutzung des Kapitals, Adieu, auf Nimmerwiedersehen. Anstatt der auf immer verschwundenen Nutzung kann der Unternehmer unter Umständen andere Güter gewinnen, welche viel mehr Werth haben, als der Marktwerth der geopferten Nutzung beträgt, unter Umständen kann er aber viel opfern und nichts gewinnen. Wie können wir sagen, dass das vom Gastwirth auf den Ankauf von Gabeln, Messern etc. verwendete Kapital ihm den üblichen Zins bringt, wenn sein Gasthaus gar nicht besucht wird, so dass das Geschirr von Niemandem gebraucht wird? Die Nutzung des Geschirres ist durch den Ablauf der Zeit verschwunden. Was ist an ihre Stelle getreten? Offenbar nichts.

Man sagt auch: Der Unternehmer muss in seinem Gesammteinkommen den üblichen Zins für sein Kapital finden, weil er ebenso Anspruch, Recht auf diesen Kapitalgewinn hat, wie irgend ein anderer Kapitaleigenthümer. Darauf ist einfach zu antworten: Es ist nicht richtig, dass der Unternehmer auf irgend welchen Kapitalzins Anspruch hat. Es ist auch nicht wahr, dass „irgend ein anderer Kapitaleigenthümer“ darauf Anspruch hat. Dies trifft nur im Falle des entsprechenden Kontraktes mit einem Anderen zu. Angenommen aber, dass der Unternehmer einen Anspruch auf den üblichen Zins hat, folgt dann daraus, dass er einen solchen auch immer gewinnt? Nicht alle Ansprüche werden befriedigt.

Mit gleichem Rechte könnten wir sagen, dass man immer 4 % thatsächlich gewinnt, auch wenn man sein Geld gegen diese Zinsen einem insolventen Verschwender leiht. Wenn man vom „Anspruch“ des Unternehmers auf den üblichen Zins spricht, so meint man also offenbar nur ein Postulat, welches man als gerecht empfindet.

d) Die obigen Irrthümer haben die herrschende Lehre zur Annahme einer mystischen Grösse, einer reellen negativen Grösse — des Unternehmerverlustes gezwungen. Es ist höchst charakteristisch, dass die Literatur über den Unternehmergewinn in Bezug auf das Gegenstück des Gewinnes, den Unternehmerverlust, höchst wortkarg ist. Man bemerkt nur, dass nach Subtraktion des umlaufenden Kapitals . . ., des Zinses, der Rente und des Arbeitslohnes ein Minus bleiben kann, welches den Verlust bedeutet. Weiter lässt man dieses Minus bei Seite und beschäftigt sich ausschliesslich mit dem Wesen und Ursprung des Unternehmer*gewinnes*. Indessen wäre es sicherlich nicht nutzlos, auch das Wesen des Verlustes ins Auge zu fassen. Für manche Theorien wäre aber diese Aufgabe nicht besonders angenehm. So z. B. müsste man dieses Minus als Strafe wegen der Ausübung des volkswirthschaftlichen Unternehmeramtes bezeichnen, wenn man das Plus als Belohnung für die Ausübung dieses Vermittleramtes charakterisirt (vgl. oben S. 411); da hätten wir ein neues Amt, welches unter Umständen dem Beamten einen Lohn, unter Umständen eine Strafe einbringt, ohne dass er durch irgend welche Handlung seinerseits den Lohn oder die Strafe verdient hätte. Zu ebenso eigenthümlichen Konsequenzen gelangen wir, wenn wir den Unternehmergewinn als Lohn für besondere Talente oder die besondere Art der Thätigkeit des Unternehmers ansehen; diese Thätigkeit wird also unter Umständen bestraft, desgleichen wird der Mangel an besonderen Talenten mit Strafe geahndet. Wenn aber thatsächlich der Unternehmer die erforderlichen Talente besitzt und doch Verlust erleidet (dass dies in Wirklichkeit oft geschieht, wird Niemand leugnen), so wissen wir gar nicht, woher die Strafe kommt, wofür man bestraft wird. Wenn andererseits das Plus von der Beraubung der Arbeiter stammt, so müsste man konsequent sagen, dass die Unternehmer, welche mit Verlust produciren, von den Arbeitern beraubt werden. Auch die herrschende Grundlehre, wonach im Unternehmereinkommen der übliche Kapitalzins und Arbeitslohn

stecken müssen, können wir u. E. schon durch die anscheinend harmlose Frage nach dem Ursprung des Unternehmerverlustes in ihren Grundlagen erschüttern. Jemand hat 1000 auf die Produktion verwendet; am Ende des Produktionsjahres hat er 1020 in Händen; der ortsübliche Kapitalzins beträgt 4 %; der Unternehmer hat seine Arbeitskraft bei der Produktion nicht verwendet. Nach der herrschenden Lehre hat er also 40 Kapitalzins erzielt, dabei aber 20 Unternehmerverlust erlitten. Es fragt sich, *was* hat er verloren. Das ursprüngliche Kapital hat er nicht verloren, den ortsüblichen Zins, den Werth der Kapitalnutzung, nach der herrschenden Lehre gleichfalls nicht. Er hat also etwas verloren, was er gar nicht gehabt hat. Wie kommt das? Man sollte doch meinen, dass es ein ganz ungefährlicher Vorgang ist, das zu verlieren, was man gar nicht hat. Uns scheint also die Annahme viel natürlicher, dass der Unternehmer in unserem Falle gar nichts verloren hat. Seine Unternehmung freilich ist nicht besonders gelungen. Denn er hat nur 20 gewonnen, während er von seinem Kapital, wenn er dasselbe verzinslich angelegt, leicht 40 hätte gewinnen können. Oder, wenn wir die Nutzung des Kapitals als ein präsentes ökonomisches Gut von üblichem Werth ansehen, so können wir sagen, dass der Unternehmer nichts gewonnen, auch den Kapitalzins nicht (denn nach unserer Voraussetzung hat er ihn schon früher gehabt), sondern nur die schon vorhandenen Güter zum Theil verloren hat. Auch bei dieser Annahme kann man also nicht der herrschenden Lehre beipflichten, indem sie im *Einkommen des Unternehmers den üblichen Kapitalzins wiederfindet*. Wir können aber auch nicht der Annahme folgen, dass die Nutzung des Kapitals ein präsentes ökonomisches Gut ist. Wenn wir auf die Vergangenheit zurückblicken, so ist die Nutzung des Kapitals ein verschwundenes Gut. Die Gegenwart existirt als ein Zeitraum nicht, weil sie nur eine Grenze zwischen der Vergangenheit und der Zukunft bildet. Wenn wir aber auf die Zukunft blicken, so können wir die Nutzung des Kapitals nur als ein potentielles, als ein wahrscheinliches (denn das Kapital kann verloren gehen, und die Nutzung kann auch beim Vorhandensein des Kapitals eventuell nicht zur Thatsache werden) zukünftiges Gut, nicht aber als etwas schon Vorhandenes bezeichnen. Wenn man also meint, dass der Unternehmer die Nutzung des Kapitals resp. den üblichen Werth desselben schon im Anfang der Rechnungsperiode gehabt hat, so irrt man gewaltig. Man verwechselt

die mehr oder weniger wahrscheinliche Zukunft mit der Gegenwart. Wenn man dabei konsequent bleiben möchte, so würde man zu ganz absurden Ergebnissen gelangen. Dann müsste man sagen: wer eine Mark in Händen hat, der hat auch eine Million in Händen. Denn eine Mark bringt, verzinslich angelegt, nach einer gewissen, freilich sehr langen Zeit, eine Million Zinsen. Man übersieht noch dabei, dass ein Kapital, z. B. eine Maschine, nur wegen seiner zukünftigen Nutzung einen Werth hat. Der Werth des Kapitals ist ein Disconto des usus futurus. Der Werth der spes, der wahrscheinlichen zukünftigen Nutzung, ist schon durch den Werth des Kapitals einmal eingeschätzt. Dasselbe Gut schätzt man zum zweiten Mal ein, wenn man annimmt, dass der Kapitalist nicht nur den Werth des Kapitals, sondern auch die Nutzung desselben als präsentes ökonomisches Gut hat. Da also im obigen Falle der Unternehmer 1000 Kapital nicht verloren hat, weil es noch vorhanden ist, 20 Kapitalzins nicht verlieren konnte, weil er sie im Anfang der Produktionsperiode nicht gehabt hat, so bleibt der Schluss, dass er 20 hinzugewonnen hat. Für den Unternehmerverlust im Sinne der herrschenden Lehre bleibt in diesem Falle kein Raum. Dieses wäre ein deus ex machina, ein mystisches Wesen, eine der realen Welt zugeschriebene negative Grösse, welche dazu bestimmt ist, den angeblich gewonnenen üblichen Kapitalzins zu verschlingen.

Wir verlassen also die herrschende Lehre und betrachten vielmehr das Folgende als richtig: Es giebt keinen Unternehmergewinn im Sinne eines besonderen Einkommenszweiges. Es giebt nur zwei Arten des Einkommens: Arbeitseinkommen und Einkommen vom Kapital (resp. drei Arten, wenn man die Rente vom Kapitalzins scheidet). Auch der Unternehmerverlust im Sinne der herrschenden Lehre existirt nicht. Der Ausdruck Unternehmerverlust bedeutet nur, dass man sein Kapital gänzlich oder zum Theil verloren oder dass man zu wenig Arbeits- oder Kapitaleinkommen gewonnen hat. Was das Unternehmereinkommen anbetrifft, so ist zu sagen:

1. Das Unternehmereinkommen kann ein reines Arbeitseinkommen sein. So ist z. B. das Einkommen eines grossstädtischen Lumpensammlers, desgleichen das Einkommen desjenigen, welcher Edelsteine, Goldkörner, Heilkräuter, Nüsse oder dergl. auf den noch nicht okkupirten Grundstücken oder auf den res omnium communes sammelt, oder ohne besondere Werkzeuge Sachen aus dem in Menge vorhandenen und darum werthlosen Material

macht. Das Einkommen, welches diese Leute gewinnen, ist kein Arbeitslohn im Sinne des bedungenen Einkommens, wohl aber ein Einkommen, dessen einzige Quelle eigene Arbeitskraft des Subjektes ist. Ein solcher Unternehmer erwägt unter Umständen, ob es für ihn nicht vortheilhafter wäre, seine Arbeitskraft einem Anderen gegen Entgelt (Lohn) zur Verfügung zu stellen, als mit der selbständigen Verwerthung seiner Arbeitskraft zum Zweck der Produktion auf eigene Gefahr sich zu beschäftigen. Zu diesem Zweck vergleicht er das schon erzielte oder erhoffte Einkommen aus der selbständigen Arbeitsverwendung einerseits und den durch die Ueberlassung seiner Arbeitskraft an einen Arbeitgeber gewinnbaren Lohn andererseits. Der Lohn beträgt 1000, das Unternehmerarbeitseinkommen beträgt 900 oder 1100. Wenn dieses 1100 beträgt, so können wir die Erscheinung dahin formuliren, dass der Arbeiter durch selbständige Produktion 100 Unternehmergewinn erzielt. Dieses Wort hat aber in unserem Sinne eine ganz andere Bedeutung, als nach der herrschenden Lehre. Es entspricht keinem besonderen Einkommenszweig, welcher eine besondere Quelle ausser der Arbeit hätte und kein Arbeitseinkommen wäre, sondern enthält nur den Hinweis darauf, dass das Arbeitseinkommen des Edelsteinsuchers oder dergl. um so viel grösser oder geringer (Unternehmerverlust) ist, als das Arbeitseinkommen des Lohnarbeiters. Mit anderen Worten dienen hier die Begriffe Unternehmergewinn und Unternehmerverlust nur zur Vergleichung der relativen Vortheilhaftigkeit verschiedener Arten der Gewinnung des Arbeitseinkommens.[1]

2. Das Unternehmereinkommen kann ein reines Einkommen vom Kapital sein. Wenn z. B. ein römischer Grundbesitzer die Bewirthschaftung seines Grundstückes seinen Sklaven überliess und sich darauf beschränkte, jedes Jahr die Summe des Einkommens von dem Sklaven, welcher als Gutsadministrator fungirte, in Empfang zu nehmen, so gewann er ein Einkommen, welches sich lediglich aus dem Besitz des unbeweglichen Kapitals (fundus) und der beweglichen Kapitalstücke (Sklaven und sonstigen Inventars) ergab. Desgleichen gewinnt ein Sklavenbesitzer, dessen Sklave die oben sub 1 angeführten Arten der Thätigkeit ausübt, ein Einkommen vom Kapital. Was einem freien Menschen gegenüber Arbeitsein-

1) Daraus ersehen wir unter Anderem, wie unzulänglich die Theorie ist, wonach das Wesen des Unternehmergewinnes darin liegt, dass er aus der Beraubung der Arbeiter stammt.

kommen ist, bildet im Falle der Sklaverei das Einkommen vom Sklaven als einem Kapitalstück. Aehnlich ist die Dividende von einer Aktie, welche der Besitzer der Aktie ohne irgend welche Arbeit seinerseits bezieht, als ein reines Einkommen vom Kapital, und zwar von der Aktie als einem eigenthümlichen Kapitalstück, zu bezeichnen.

Derjenige, welcher von einem Kapital das Unternehmereinkommen bezieht, erwägt unter Umständen, ob es für ihn nicht vortheilhafter wäre, sein Stammvermögen auf eine andere Weise auszubeuten. Der Besitzer eines Sklaven erwägt, ob es nicht besser wäre, die Arbeitskraft desselben einem Anderen gegen Entgelt (merces) zur Verfügung zu stellen. Desgleichen kann die Frage entstehen, ob es sich lohnt, gewisse Aktien anzukaufen, ob es nicht besser wäre, das Kapital gegen sicheres Entgelt von 4 % verzinslich anzulegen. Wenn der Kapitalist erwartet, dass die Aktie ihm um 20 mehr Gewinn bringen wird, als 4 % Zinsen seines Geldkapitals betragen, so liegt der wahrscheinliche Unternehmergewinn von 20 vor. Es handelt sich dabei nicht um einen besonderen Zweig des Einkommens, sondern nur um die Thatsache, dass das Kapital bei einer Art der Ausbeutung mehr Einkommen bringt, als bei einer anderen Art der Ausbeutung. Wenn der Aktionär sich entschlossen hat, seine 1000 Mark auf den Ankauf einer Aktie zu verwenden und im Jahre nur 10 als Dividende bekommen hat, wobei ausserdem der Kurs der Aktie 900 ist, so bereut er seine Handlungsweise. Er hat 100 Kapital eingebüsst und nur 10 Einkommen gewonnen, während er noch jetzt 1000 gehabt und 40 als Einkommen neu gewonnen, wenn er seine 1000 M. verzinslich angelegt hätte. Man kann in diesem Falle sagen, dass der Unternehmerverlust 130 beträgt; dies bedeutet aber nicht, dass 130 eine negative reelle Grösse eigenthümlichen Wesens und Ursprungs ist, welche das am Ende der Periode thatsächlich vorhandene Kapital und den thatsächlich gewonnenen Zins zum Theil verschlingt, sondern dies bedeutet eben, dass nicht das ganze Kapital da ist und dass der ortsübliche Kapitalzins bei Weitem nicht gewonnen worden ist.

3. Das Unternehmereinkommen kann endlich eine Kombination des Arbeits- und des Kapitaleinkommens bilden (vergl. oben S. 410). So z. B. setzt sich das Einkommen eines Handwerkers aus dem Einkommen von seiner Arbeitskraft und von den für sein Gewerbe nöthigen Kapitalien (Werkzeuge etc.) zusammen. Wie viel ist im Gesammteinkommen dem einen Produktionsfaktor (Arbeit), wie viel

dem anderen (Kapital) zuzuschreiben? Dies ist eine Frage, für welche keine genaue Lösung möglich ist.[1] Höchstens wird man oft sagen können: „in diesem Falle hat der Unternehmer den Gewinn hauptsächlich seiner Arbeit und Sorgfalt zu verdanken“, oder: „in diesem Falle ergiebt sich der Gewinn hauptsächlich aus dem Kapitalbesitze“. Oft hat nämlich das Kapital eine so untergeordnete Bedeutung bei dem Einkommensgewinn, dass man das Ergebniss der Produktion fast ausschliesslich auf die Arbeit zurückführen muss. Ein Künstler kann zwar kein Gemälde schaffen, ohne Farben, Pinsel etc. zu besitzen, ein Schriftsteller muss über Tinte, Papier, Federn verfügen. Allein diese Gegenstände sind für einen Schriftsteller gewöhnlich so leicht zu beschaffen, die Höhe des Gewinnes hängt so augenscheinlich nicht von der Qualität und Quantität der gebrauchten Federn, Tinte etc., sondern vielmehr von der Qualität und Quantität der Arbeit ab, dass wir füglich das Einkommen des Künstlers oder des Schriftstellers praktisch als Arbeitseinkommen betrachten können, ohne dasselbe auf das Einkommen von dem auf Tinte, Federn und Papier verwendeten Kapital und auf das Einkommen von der Arbeit zu zerlegen. Durch unmerkliche Uebergänge können wir weiter zu solchen Fällen gelangen, wo der Gewinn im praktischen Leben hauptsächlich auf den Kapitalbesitz mit Recht zurückgeführt wird; die Arbeit ist so gering, dass man das Einkommen als Einkommen vom Kapital betrachtet, obgleich der Unternehmer auch seine Arbeit zu Gewinnzwecken verwendet hat.

Auch der Unternehmer, welcher seine Arbeitskraft und sein Kapital zugleich zum Zweck des Einkommensgewinnes verwendet, vergleicht oft, um die Vortheilhaftigkeit seiner Handlungsweise festzustellen, die Summe seines Unternehmereinkommens mit derjenigen Summe, welche er erzielt hätte, wenn er seine Arbeitskraft und sein Kapital Anderen gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hätte. Unzählige Handwerker und andere kleine Unternehmer beschäftigen sich in diesem Augenblick mit dieser Vergleichung. Es ist sehr schwer, auf die bisherige selbständige Produktion zu verzichten. Im trüben Wasser der modernen Produktion werden aber die kleinen Fische von den grossen aufgezehrt. Wenn man den Leuten, welche vor der tragischen Frage stehen, ob die Fortsetzung der

1) Dies haben diejenigen Schriftsteller schon mit Recht hervorgehoben, welche das Wesen des Unternehmergewinnes darin erblicken, dass er eine Kombination des Arbeits- und des Kapitaleinkommens ist.

selbständigen Thätigkeit möglich ist, oder ob es nicht besser ist, den Sieg des Stärkeren anzuerkennen und zum Lohnarbeiter beim früheren Konkurrenten zu werden, die herrschende Theorie vorgetragen hätte, wonach sie doch den üblichen Arbeitslohn und Kapitalzins auch bei selbständiger Produktion beziehen, dass sie darauf ein Recht haben, so würden sie das als Hohn betrachten. Diese Leute treffen viel besser die Wahrheit, indem sie einfach sagen, dass es sich gar nicht lohnt, als selbständiger Handwerker zu arbeiten, dass die Lohnarbeiter meistens grösseren Gewinn von der Arbeit haben, dass die selbständige Arbeit sich nicht bezahlt. Die Begriffe Unternehmergewinn und Unternehmerverlust bedeuten auch hier keine besondere Art des Einkommens, auch nicht die Kombination des Arbeits- mit dem Kapitaleinkommen, sondern sie deuten vielmehr nur auf den geschehenen psychischen Vorgang der Vergleichung verschiedener Arten der Einkommensgewinnung hin.

Jetzt verstehen wir, wie die Nationalökonomie zu ihrer Theorie der Zerlegung des Einkommens in vier Bestandtheile gekommen ist. Die Theorie ist irrthümlich, aber sie hat eine tief liegende psychologische Ursache. Sie ist ein natürliches Produkt des menschlichen wirthschaftlichen Intellektes. Das Wesen und der Grundzweck der Wirthschaft besteht in der Tendenz, den grössten möglichen Nutzen mit möglichst geringen Opfern zu erlangen. Darum ist die erste und vornehmste Aufgabe jedes Wirthschaftssubjektes als solchen, eine sorgfältige Vergleichung zwischen verschiedenen möglichen Arten der Verwendung der ihm zur Verfügung stehenden Produktionsfaktoren (Kapital, Arbeit) anzustellen. Es muss festgestellt werden, welche Art der Verwendung die vortheilhaftere ist. Die Methode der Vergleichung von verschiedenen wirthschaftlichen Gewinnen besteht in der Reduktion derselben auf gleichartige Grössen (Geldsummen) und in der Subtraktion der geringeren gedachten Grösse von der grösseren. Die Subtraktion wird aber oft auch zu anderen Zwecken gebraucht, nämlich zur Ausscheidung aus einer Masse eines Bestandtheiles derselben. Wenn ich z. B. die Summe 1357 in Händen habe, welche ich zum Theil durch meine Arbeit, zum Theil durch ein Geschenk (154) erworben habe, so muss ich die mathematische Operation 1357—154 vornehmen, um zu erfahren, wie viel in dieser Summe meiner Arbeit zuzuschreiben ist. Die nationalökonomische Wissenschaft begeht nun den psychologisch sehr natürlichen Fehler, dass sie in unserem Gebiete diese zwei

Funktionen der Subtraktion vermengt. In Wahrheit bedeutet die im Wirthschaftsleben sehr verbreitete Erscheinung, dass man von der Summe des Unternehmereinkommens den üblichen Zins subtrahirt, den psychischen Vorgang der Vergleichung eines thatsächlich erzielten Gewinnes mit der hypothetischen Grösse des Gewinnes, welchen man auf eine andere Weise erzielen könnte. Da nun die Subtraktion noch häufiger zum Zweck der Ausscheidung der Bestandtheile gebraucht wird, so haben die Wirthschaftstheoretiker aus der Subtraktion des üblichen Zinses vom Unternehmereinkommen den Schluss gezogen, dass dieser übliche Zins wirklich im Unternehmereinkommen als Bestandtheil steckt und als solcher ausgeschieden wird. Ich brauche Geld und kann zu diesem Zweck eine goldene Uhr oder eine Kuh verkaufen. Ich entscheide mich für den Verkauf der Kuh und bekomme 187 Mark. Nachher denke ich mir: es ist gut, dass ich die Kuh, nicht aber die Uhr verkauft habe; für die Uhr hätte ich nur 90 Mark bekommen können, also um 187 — 90 = 97 Mark weniger, so dass ich jetzt doch auch die Kuh verkaufen müsste. Wenn nun Jemand gesagt hätte, dass einen Bestandtheil der Summe 187 der Preis für die Uhr bildet, so verfiele er in denselben Irrthum, wie die Nationalökonomie im Gebiete der Einkommenslehre. Es ist vielmehr zu sagen: die Uhr ist gar nicht verkauft und der Preis dafür also nicht in meinen Händen. Die Subtraktion ist nur zum Zweck der Vergleichung des gewonnenen Preises für die Kuh mit dem wahrscheinlichen Preise für die Uhr im Falle des Verkaufes der letzteren geschehen.

Die Wirthschaftstheorie hat also die ideelle zum Zweck der Vergleichung hinzugezogene Grösse des üblichen Lohnes, Zinses objektivirt, so zu sagen aus menschlicher Seele in die reale Welt verpflanzt; dies hat nothwendig zur gleichen Objektivirung der zweiten nur ideellen Grösse, des Ergebnisses der Vergleichung, geführt. Daraus entstand der Irrthum über die Existenz eines Unternehmergewinnes als einer wirklichen Grösse mit besonderem Ursprung, besonderer Natur. Nun zerbricht man sich den Kopf über die eigenthümliche Quelle dieses selbstgeschaffenen vierten Einkommenszweiges. Die Lösung der Quadratur des Zirkels wäre eine Kleinigkeit neben dieser Aufgabe.

Indem wir den Unternehmergewinn als eine objektive, reelle Erscheinung des wirthschaftlichen Lebens, als einen Einkommenszweig, streichen, haben wir dennoch Nichts gegen die Bei-

behaltung der Ausdrücke Unternehmergewinn und Unternehmerverlust als termini technici einzuwenden, desgleichen gegen die Subtraktion des Lohnes und Zinses vom Unternehmereinkommen zum Zweck der Feststellung des „Unternehmergewinnes“; wir behalten das obige (S. 391) Schema der mathematischen Operationen mit dem Unternehmereinkommen im praktischen Endergebnisse bei; nur schreiben wir ihm einen anderen Sinn zu, als die herrschende Lehre. Uebrigens möchten wir in einem Punkte auch im Schema selbst eine praktisch unbedeutende, theoretisch aber nicht unwichtige Veränderung bewirken. Nach unserer Meinung ist es nämlich richtiger, vom Unternehmereinkommen nicht den ortsüblichen Zins und Lohn abzuziehen, sondern den geopferten Lohn und Zins nach der Formel: mercedes, usurae quae ei absunt, quas percipere potuisset, si alii credidisset etc. Auch in der nationalökonomischen Literatur heisst es mitunter, dass der Unternehmer denjenigen Zins, Lohn abzuziehen hat, welchen er gewinnen könnte, wenn er der Gewinnung des bedungenen Einkommens die exercitio negotiationis auf eigene Gefahr und Rechnung nicht vorgezogen hätte. Dabei bleibt man aber gewöhnlich nicht stehen und behauptet weiter im Widerspruch mit sich selbst, dass der ortsübliche Zins etc. abzuziehen ist, und zieht Konsequenzen davon. Dass der geopferte und der ortsübliche Zins und Lohn ganz verschiedene Erscheinungen sind (vgl. l. 12 § 9 D. mand. 17, 1) und dass der Abzug des geopferten Zinses und Lohnes im Sinne unserer Theorie richtiger ist, als der Abzug des üblichen Zinses und Lohnes, brauchen wir hier nicht besonders auszuführen, desgleichen, dass im praktischen Leben der geopferte Lohn thatsächlich nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit meistens dem ortsüblichen gleicht.[1]

1) Aus der im Texte vertretenen Theorie ergiebt sich ferner, dass der
(thatsächlich gleichfalls oft vorkommende) Abzug eines durch eine andere
Handlungsweise erziehlbaren Unternehmereinkommens von dem that-
sächlich erzielten Unternehmereinkommen (oder des erzielten bedungenen
Einkommens von dem auf andere Weise erzielbaren) principiell keine andere
Bedeutung hat, als der Abzug des üblichen Kapitalzinses etc. vom Unter-
nehmereinkommen. Auf solche Weise könnte ein Unternehmer in seinem
Einkommen sehr zahlreiche „Bestandtheile“ verschiedener Grösse: 1, 30, — 20
entdecken. In Wahrheit handelt es sich aber auch hier nicht um Bestand-
theile des Einkommens, sondern um die subjektiven Seelenzustände des Unter-
nehmers.

Die Streichung des Unternehmergewinnes aus der Liste der Einkommens-
zweige befreit selbstverständlich die Nationalökonomie von der Entscheidung
der Frage nicht, ob die Unternehmer einen höheren Gewinn von ihrer Arbeit
und ihrem Kapital erzielen, als andere Personen, und, wenn die Frage zu be-
jahen ist, welche Erscheinungen als Ursachen davon zu bezeichnen sind.

Nach dem oben Gesagten ist also das Unternehmereinkommen entweder Arbeitseinkommen, oder Kapitaleinkommen, oder beides zusammen. Demnach können wir keineswegs sagen, dass das Wesen des Unternehmereinkommens in der eigenthümlichen Kombination des Arbeits- und des Kapitaleinkommens besteht. Denn diese Eigenthümlichkeit des Unternehmereinkommens trifft nur in dem einen von den drei möglichen Fällen zu. Aber auch in diesem

(Wenn unsere Anschauung richtig ist, so schafft sie eben den gesunden
Boden für die Bearbeitung dieser Fragen. An Stelle des „heftigen Kampfes“
gegen und für Windmühlen, gegen und für das nichtexistirende Phantom,
anstatt der spitzfindigen Konstruktionen zur Lösung der selbstgeschaffenen
Schwierigkeit tritt die Kritik der realen Erscheinungen ein, wobei alle künst-
lich geschaffenen absoluten Fragen und Antworten sich in höchst rela-
tive verwandeln: unter anderem ist zu wünschen, dass man aufhört, nach
einem absoluten Begriff des Unternehmens zu suchen; es giebt z. B. keine
principielle Grenze zwischen dem Gewinnen des bedungenen Einkommens
und der Unternehmerthätigkeit; es giebt nur zahlreiche Grade des unter-
nehmerischen Charakters des wirthschaftlichen Betragens [eine Geldbank,
Wucherer, verschiedene Arten der verzinslichen Anlage des Geldes bei
Privatpersonen, sichere Staatspapiere]; der Glaube an die Existenz eines be-
sonderen Einkommenszweiges zwang die Wissenschaft, eine besondere scharf ge-
schiedene Art der Wirthschaft zu konstruiren, welche diese besondere Art des
Einkommens ins Leben ruft). Eine sichere Entscheidung der ersten Frage
scheint kaum erreichbar zu sein. Da die Statistik keine genügende Hilfe
gewährt, ist man auf die Deduktion verwiesen. Hier kreuzen sich aber ver-
schiedene Erwägungen und ihr Gewicht ist schwer zu bestimmen. Nach
unserer persönlichen unmassgeblichen Ueberzeugung ist die Zahl derjenigen
Unternehmer, welche mit Unternehmerverlust im obigen Sinne produciren,
grösser, als die Zahl derjenigen Unternehmer, welche mehr, als der üb-
liche Zins und Lohn betragen, erzielen (der menschliche Optimismus bei der
Chancenabwägung, das Hängen an den Traditionen verschiedener Art, Selb-
ständigkeitstrieb, Anschauungen über die Ehre etc. etc.). Dies gilt nament-
lich von den „kleinen Leuten“. Je mehr wir dagegen in die oberen Re-
gionen der Kapitalmacht aufsteigen, desto mehr verwandelt sich das Bild,
desto grössere Bedeutung gewinnen die Monopolerscheinungen, der
Ausschluss der Konkurrenz, die geistige und ökonomische Beherrschung der
Produktion, des Marktes und der Konjunktur. Anstatt von dem ökonomischen
Amte, der Beraubung der Arbeiter oder dgl. zu sprechen, sollte man u. E.
der Theorie des Monopols die grösste Aufmerksamkeit zuwenden.

Eher könnte man von der Beraubung der Arbeiter und der Unter-
nehmer zusammen durch den gemeinsamen nothwendigen Freund, den Kon-
sumenten (also auch den Arbeiter, insofern er als Konsument auftritt) reden,
als von der Beraubung der Arbeiter durch den Unternehmer als solchen.
Es giebt privilegirte Arbeiter, privilegirte Konsumenten, privilegirte Unter-
nehmer; es giebt zurückgesetzte Arbeiter, Unternehmer, Kapitalisten (ein zu
geringes Kapital in Rücksicht auf den Gesammtreichthum). Ein Kampf
Aller gegen Alle, nicht aber einer bestimmten Klasse als solcher gegen eine
andere Klasse als solche! Nur die Kritik des gesammten Mechanismus, nicht
aber die Anfeindung einer Klasse als solcher ist am Platze. In diesem
Kampfe Aller gegen Alle siegt der ökonomisch und geistig Stärkere. Die
geistige Stärke wird zum grossen Theil durch die ökonomische bedingt (Er-
ziehung, Bildung). Der Unternehmer als solcher ist ein sehr unschuldiges,
oft schwer unterdrücktes Geschöpf.

Falle der thatsächlichen Kombination der Einkünfte verschiedener Art in einer einheitlichen Einnahme können wir diese Verbindung nicht als eine eigenartige Erscheinung betrachten, welche dem bedungenen Einkommen fremd wäre. Im Gegentheil, dieselbe Erscheinung kehrt auch beim bedungenen Einkommen wieder. Dieses kann ein reines Arbeitseinkommen bilden, wenn z. B. ein Arbeiter in ein Dienstverhältniss ohne irgend welche Arbeitswerkzeuge eintritt.[1] Es kann auch ein reines Kapitaleinkommen bilden, wenn Jemand z. B. sein Haus vermiethet. Es kann endlich eine Kombination des Arbeits- und des Kapitaleinkommens bilden, wenn man z. B. einen Arbeiter mit seinen Werkzeugen gegen 1000 jährlichen Lohn miethet. Im letzten Falle ist es unmöglich, genau festzustellen, wie viel in der merces 1000 als Arbeitslohn im eigentlichen Sinn und wie viel als Kapitalzins zu betrachten ist. Aehnliche Schwierigkeiten entstehen, wenn man bei der Pacht eines Grundstückes den Pachtzins in Rente und Kapitalzins (für Gebäude etc.) zerlegen wollte (vgl. oben S. 391), oder wenn man zu ermitteln versuchte, welcher Theil des Pachtzinses im Falle der Pacht eines Grundstückes mit dem Inventar als Rente, welcher dagegen als Kapitalzins für das in den Boden gesteckte (immobilisirte) Kapital und welcher als Zins für die beweglichen Kapitalstücke zu betrachten ist. Dies bezieht sich auch auf das Unternehmereinkommen im Falle der Selbstbewirthschaftung eines Landgutes. Höchstens wird man sagen können, dass das günstige Ergebniss der Produktion hauptsächlich diesem oder jenem Faktor (der Güte desselben) zuzuschreiben ist, z. B. der Fruchtbarkeit des Bodens.

Wenn Jemand fremde Produktionsfaktoren (fremde Pferde, Geld. operae) ausbeutet, so ist im Gesammteinkommen auch das Einkommen von diesen fremden Produktionsfaktoren enthalten. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden: a) Der Unternehmer hat das fremde Kapital zur Nutzung im eigenen Interesse bekommen (Selbstnutzungsverhältniss: Kreditgeschäfte, Miethe, unentgeltliche Leihe, Niessbrauch, Dienstvertrag). In diesem Falle ist die

1) Seine Kleidung können wir eliminiren, insofern dieselbe auch ohne den Eintritt in das Dienstverhältniss für den Arbeiter nothwendig wäre. Dann ist sie nicht als Produktions-, sondern als Konsumptionskapital zu bezeichnen oder, nach der üblichen Terminologie, als Kapital gar nicht anzuerkennen. In diesem Falle geschieht eine Verwendung nicht zu Erwerbs-, sondern zu Konsumptionszwecken (keine impensa in locationem-conductionem, sondern in ipsum locatorem).

Zerlegung des Einkommens in Bestandtheile für das Civilrecht ohne Interesse, weil der Unternehmer keinen Theil seines Gewinnes dem Kapitalisten herauszugeben hat. Er hat eben das Recht erlangt, den Produktionsfaktor für sich auszubeuten. b) Der Inhaber des fremden Produktionsfaktors ist fruchtersatzpflichtig (Verwaltungsverhältnisse, grundloses Haben des fremden Kapitals, grundloser Gebrauch der fremden operae). Hier entsteht die Frage, wie das Civilrecht ihm den Gewinn vom fremden Produktionsfaktor entziehen kann. Die Frage lässt sich sehr einfach lösen, wenn das erzielte Einkommen sich lediglich auf die Nutzung des fremden Kapitals oder der fremden operae zurückführen lässt. Der Besitzer einer fremden Aktie soll die erhaltenen Dividenden herausgeben. Der Besitzer eines fremden Sklaven oder eines fremden Landgutes mit dem Inventar in den oben S. 419 sub 2 angeführten Fällen soll das vom fremden Vermögen ohne irgend welche Arbeit und Kapital seinerseits gewonnene Einkommen herausgeben. Dies trifft auch in Bezug auf den vom fremden Hause erlangten Miethszins, auf die durch die verzinsliche Anlage gewonnenen Zinsen, auf den quaestus civilium annonarum (vgl. l. 31 § 5 C. de i. d. 5. 12; l. un. § 7 b C. de rei ux. a. 5, 13) zu. Die Frage komplizirt sich, wenn das vom Fruchtpflichtigen gewonnene Einkommen nur zum Theil dem Produktionsfaktor des Fruchtberechtigten zuzuschreiben ist. Da eine genaue Zerlegung des Gesammteinkommens in Bestandtheile unerreichbar ist, so ist nur eine so zu sagen oportunistische Lösung möglich. Das Princip, welchem das römische Recht folgt, lässt sich u. E. am besten auf folgende Weise formuliren: Es wird darauf gesehen, ob der Gewinn, welchen der Besitzer erzielt hat, durch den fremden Produktionsfaktor individualisirt, in seiner Höhe und Art vorwiegend bestimmt wird. In diesem Falle wird das Unternehmereinkommen dem Eigenthümer des Produktionsfaktors zugeschrieben; der Besitzer bekommt nur den Ersatz des geopferten Lohnes und Kapitalzinses wegen seiner impensae. Das römische Recht ist hauptsächlich auf die Bedürfnisse der erzeugenden und okkupatorischen Wirthschaft berechnet, im Allgemeinen auf die Bedürfnisse der Wirthschaft, welche auf die Abgewinnung der Rohstoffe der Natur, auf die sog. Urproduktion gerichtet ist (Acker-, Obst-, insbesondere Weinbau, Viehzucht. Forst-, Bergwerkswirthschaft, Jagd, Fischerei). In Bezug auf die okkupatorische Wirthschaft entscheidet nun das römische Recht, dass der Gewinn an Jagdthieren, Fischen . . . fructus fundi, nicht

aber etwa fructus des zum Fischfang gebrauchten Netzes, des inventarium venationis, bildet. Dies bedeutet, dass der Unternehmergewinn demjenigen gebührt, auf dessen Grundstück die Jagd. resp. Fischerei betrieben wird. Analog fällt der Unternehmergewinn beim Ackerbau dem Grundbesitzer, der Obstgewinn dem Eigenthümer des Obstgartens zu. Bei der Viehzucht fällt der Gewinn an Naturalstoffen (Milch, Wolle . . .) dem Eigenthümer der Thiere oder dem Eigner der Heerde zu. In allen diesen Fällen trifft das oben aufgestellte Princip zu. Die Art und die Höhe des Jagd- und Fischereigewinnes bestimmt sich durch den thatsächlichen Wild- und Fischbestand des Grundstückes. Der Gewinn von einem Bergwerk individualisirt sich durch den Naturalreichthum des Grundstückes an Mineralstoffen; das gleiche Verhältniss besteht zwischen dem Besitz eines Obstgartens und dem Obstgewinn, zwischen dem Besitz einer Kuh und dem Gewinn an Milch. Dass die Römer den Gewinn an Naturalstoffen auf einem Grundstück auf den Besitz des Grundstückes zurückgeführt haben, ist desto natürlicher. als die römische Wirthschaft in hohem Masse extensiv war, so dass die Arbeit und das Kapital neben dem Naturalreichthum des Grundstückes eine relativ ganz geringe Rolle spielten. Analog hat die nationalökonomische Schule der Physiokraten behauptet, dass die einzige Quelle des Reichthums der Naturalreichthum des Bodens sei.

Wenn dagegen Jemand eine fremde Geldsumme in seiner Wirthschaft verbraucht, ein fremdes Haus zum Betrieb der Schneiderei, ein fremdes Atelier zur Ausübung der Kunst gebraucht, so wird der erzielte Gewinn durch den Raum, durch die verbrauchte Geldsumme nicht individuell vorbestimmt. Der günstige oder ungünstige Ausgang der Produktion ist vielmehr hauptsächlich anderen Faktoren zuzuschreiben, der persönlichen Befähigung des Künstlers etc. Für solche Fälle stellt das römische Recht die Regel auf, dass der Nutzen des Kapitalgebrauches nach dem ortsüblichen Preis desselben zu schätzen ist.

Ueber die Früchte eines Industrie- oder Handelsgeschäftes sind im Corpus iuris keine Regeln vorzufinden, was geschichtlich sehr erklärlich ist. Es ist nun u. E. zu behaupten, dass der Besitzer eines fremden industriellen oder kommerciellen Produktionsorganismus, wie eine Fabrik, eine Brauerei, ein Handelsgeschäft, ganz ebenso das Unternehmereinkommen dem Eigner zu erstatten habe, wie der Besitzer eines fremden Landgutes. Denn hier liegt der

Schwerpunkt der Produktion, die Hauptquelle des Gewinnes im fremden Produktionsorganismus als solchen.[1]

Im Obigen haben wir versucht, vom dogmatischen Standpunkt aus ein Ergebniss zu erzielen, welches am besten dem „Geiste“ des Gemeinen Rechtes entspräche. Vom civilpolitischen Standpunkt aber entsteht die Frage, ob es nicht sachgemässer wäre, dem Kapitaleigner (auch beim fundus u. dgl.) nur den üblichen Kapitalzins erstatten zu lassen und das Unternehmereinkommen dem Besitzer zu belassen. Dies ist eine komplicirte und schwierige Frage, weil sehr verschiedene Momente pro und contra sprechen.

Pro:

1. Der Inhaber der fremden Wirthschaft hätte dringende Motive, den besten Erfolg im Sinne der fructus percepti zu erzielen, wenn er zu gewärtigen hätte, dass der Erfolg und Misserfolg ihn unmittelbar treffen wird. Wir haben zwar ein civilpolitisches Surrogat. um den Leiter fremder Wirthschaft zur Sorgfalt in den Fällen anzuspornen, wenn er weiss, dass der Gewinn einem Anderen zufallen wird. Dies ist das Institut der fructus percipiendi. Auch bei einer Fabrik, einem Handelsgeschäfte, wenn wir den erzielten Gewinn als fructus percepti dem Eigner restituiren lassen, ist selbstverständlich die Haftung für fructus percipiendi anzuerkennen. Allein das Institut der fructus percipiendi kann eine so günstige psychologische Wirkung nicht erzeugen, wie das unmittelbare Interesse an dem Gewinn. Dies trifft besonders im Falle einer so komplicirten Wirthschaft. wie ein Handelsgeschäft, zu. Auch die wachsende Intensität der modernen Landwirthschaft erhöht entsprechend die Bedeutung des hervorgehobenen Momentes. Wir können das Theorem aufstellen: In der Masse der Fälle wäre die Summe der fructus percepti grösser, wenn wir dieselben den Besitzern fremder Wirthschaften belassen und dem Eigner nur das Recht auf den üblichen Zins gewähren.

1) Dieselbe Regel ist auf den Gewinn von einer Koncession (vgl. l. 11 § 5 de publicanis 39, 4: fructus ex redemptione vectigalium), von einem verkäuflichen Amte (vgl. l. 4 C. de dom. et prot. 12, 17: fructus militiae) etc. anzuwenden. Bei denjenigen Gegenständen, wo als fructus percepti das Unternehmereinkommen in Betracht kommt, sind selbstverständlich auch die Interessefrüchte (fructus qui a creditore, a petitore percipi potuerunt) nach dem erzielbar gewesenen Unternehmereinkommen zu schätzen (vgl. oben § 7, l. 24 § 4 D. loc. 19, 2, l. 35 pr. D. de leg. 32)

2. Die Rechenschaftsablegung wegen der gewonnenen Einkünfte enthält für den Fruchtpflichtigen eine occasio peccandi, eine Versuchung, aus eigennützigen Motiven den Gewinn als geringer, die Kosten als grösser darzustellen, als der Wirklichkeit entspricht. Im Interesse der Volksmoral soll das Civilrecht dafür sorgen, dass seine Sätze möglichst selten zu solchen Redlichkeitsproben führen, denn solche können den sittlich schwächeren Menschen zum ersten unredlichen Schritt verleiten, welchem dann leichter andere ähnliche folgen, und dem Unredlichen den Anlass gewähren, sich in die Unredlichkeit weiter einzuüben. In diesem Sinne hat die Prästation des üblichen Zinses einen wichtigen Vorzug vor der Erstattung des Unternehmereinkommens.

Contra:

1. Wenn wir dem Besitzer das Unternehmereinkommen belassen, so wird er zwar nach dem oben Gesagten mit grösserer Intensität die Einkünfte gewinnen, aber auch zugleich zur Raubwirthschaft, zur unwirthschaftlichen Ausbeutung der Kapitals geneigter sein. Er weiss, dass er das Landgut nicht behalten, wohl aber das davon gewonnene Einkommen lukriren wird. Für ihn entsteht die Versuchung, den Gewinn auf Kosten der Gesundheit des Kapitals zu vergrössern. Diese Tendenz kann nur zum Theil durch die Haftung wegen der Verschlechterung des Kapitals neutralisirt werden. Bei einem Handelsgeschäft wird darunter die Firma leiden, bei einem Landgut der Boden, bei einem Bergwerk der Naturalreichthum an Mineralien. In einer ähnlichen Lage, wie der unrechtmässige Besitzer einer fremden Wirthschaft im Falle der vorausgesetzten Regelung der Fruchterstattung, befindet sich der Pächter. Es ist aber nicht ausser Acht zu lassen, dass der Pächter eben ein Kontrahent ist, d. h. eine Person, welche der Eigner gewählt hat, deren Verhalten kontraktlich geregelt ist und vom Verpächter kontrolirt wird, während z. B. ein malae fidei possessor hereditatis eine Person ist, welche keine besonderen Garantien bietet.

2. Die Leistung des üblichen Kapitalzinses ohne Rücksicht auf die Höhe des erzielten Gewinnes ist eine Art der Haftung für casus. Der Besitzer leistet dem Eigner eine ständige Rente und trägt das periculum der Missernte, des Misserfolges bei der Fabrikation, beim Handel selbst. Diese Erscheinung kann aber keineswegs als erwünscht bezeichnet werden. Sie bedeutet eine Abwälzung der Last „von den stärkeren auf die schwächeren Schultern“.

Um dies klar zu machen, setzen wir voraus, dass zwei Personen A. und B. gleich reich sind, z. B., dass A. und B. je ein Grundstück im Werthe von 10 000 besitzen. Nach dem Tode ihres gemeinsamen Verwandten, dessen Erbschaft in einer Fabrik im Werthe von 50 000 besteht, übernimmt A. die Erbschaft und wird kurz darauf von B., welcher als Erbschaftsprätendent unter Anführung von plausibelen Gründen auftritt, in die mala fides versetzt. Bis zur Zeit der Entscheidung des Streites zu Gunsten des B. hat A. ohne seine Schuld vom Handelsgeschäfte keinen reinen Gewinn erzielt oder sogar einen Verlust erlitten; nach der von uns vorausgesetzten Regelung der Fruchtprästation hat er aber dem B. den üblichen Kapitalzins z. B. 5000 zu prästiren. Es ist nun klar, dass die „Schultern“ des Erben stärker sind und den in Frage kommenden Verlust (genauer Nichtgewinn von 5000) verhältnissmässig leicht ertragen können, während A. sein Grundstück verkaufen oder verschulden müsste, um die Summe zu bezahlen. **Der Satz casum sentit dominus hat eine tiefe nationalökonomische Berechtigung**, weil er die schwächeren Wirthschaften vor übermässigen Erschütterungen schützt und den Verlust demjenigen auferlegt, welcher den Fonds zur Deckung hat. Wir müssen uns hüten, diesen Satz ohne besondere Gründe durchzubrechen. Das hiesse im Allgemeinen, denjenigen, welcher mehr hat, auf Kosten derjenigen zu versichern, welche weniger haben.[1]

3. Endlich, wenn das Unternehmereinkommen höher ist, als der übliche Zins, wenn ein Unternehmergewinn erzielt worden ist, so würde die Belassung dieses lucrum vom fremden Landgut, Handelsgeschäft, Fabrik dem unberechtigten Besitzer in ungünstiger Richtung die Rechtsinstinkte im Volke beeinflussen. Man würde dies gleichsam als eine Prämie für die Erlangung und Verlängerung der widerrechtlichen Ausbeutung der fremden Unternehmung ansehen. Der Hauptzweck der Civilpolitik bei der Regelung der Verhältnisse, welche aus dem grundlosen Haben fremden Vermögens entstehen, besteht darin, die allgemeine Ueberzeugung zu schaffen und zu kräftigen, wonach man aus der unberechtigten Ausbeutung fremder Güter keinen Nutzen ziehen kann. Dies ist nun u. E. der

1) Dies bezieht sich natürlich nicht auf den Fall, wenn wir eine Ausnahme von diesem Satze von vornherein zu Gunsten der ökonomisch Schwächeren einführen (Haftung der Grossbetriebe für Unfälle). Eine Ausnahme vom allgemeinen Princip kann auch durch dringende Gründe der Motivationspolitik gerechtfertigt werden.

wichtigste und entscheidende Punkt in der ganzen Frage und darum stellen wir vom civilpolitischen Standpunkt das Postulat auf: das thatsächlich erzielte lucrum ex re aliena muss nach Möglichkeit dem Fruchtpflichtigen entzogen werden.

Da es unmöglich ist, das Gesammteinkommen in Bestandtheile je nach dem Ursprung zu zerlegen, so wird das obige Postulat am besten dadurch erreicht, dass in den Fällen, wo der Gewinn sich hauptsächlich [1] durch den fremden Produktionsfaktor bestimmt, das ganze Unternehmen auf die Rechnung des Eigners dieses Produktionsfaktors gesetzt, und der Gebrauch der eigenen Produktionsfaktoren seitens des Besitzers als impensae in rem alienam beurtheilt wird.

Dass der Verfasser des Entwurfes an die oben besprochenen Fragen gar nicht gedacht hat, brauchen wir kaum hervorzuheben. Bei der Begriffsbestimmung der Früchte hat man nur diejenigen Gegenstände berücksichtigt, deren Früchte im Corpus iuris erwähnt werden. Von der Subsumption der Einkünfte von einer Fabrik oder einem Handelsgeschäfte unter den Fruchtbegriff konnte darum keine Rede sein. Aber auch dann, wenn man die Frage aufgeworfen hätte, was zu den Früchten einer Fabrik gehört, würde man wahrscheinlich den Gedanken, dass z. B. der Gewinn an Bier Frucht einer Bierbrauerei ist, als eine Ketzerei verwerfen.

Uebrigens, um die sachgemässe Regelung der Frage im künftigen Gesetzbuch zu erzielen, genügt es keineswegs, die Lehre des Entwurfes vom Einkommen umzugestalten. *Zu diesem Zweck muss vor Allem eine sachgemässe Lehre vom Kapital, insbesondere von Gesammtkapitalien verschiedener*

1) Dieses Wort „hauptsächlich“ zeigt die praktische Mangelhaftigkeit des Principes. Wo liegt die Grenze? Indessen ist der Grundsatz deswegen nicht zu opfern, wenn er civilpolitisch im Allgemeinen richtig ist. Die Frage erfordert eine selbständige monographische Bearbeitung, deren hauptsächlicher Zweck (im Falle der Anerkennung der Richtigkeit des Principes an sich) darin besteht, das abstrakte unbestimmt lautende Postulat möglichst in eine Anzahl praktisch leicht anzuwendender fester Regeln aufzulösen (eine Aufgabe, welche das römische Recht zum Theil richtig gelöst hat). Einen Wegweiser bei der Ausbildung solcher Regeln und bei der Entscheidung der konkreten Fälle ohne das Vorhandensein solcher Regeln gewährt unter Anderem das Sprachgefühl (vgl. oben S. 404). Darin ist der Niederschlag der ökonomischen Volksanschauung über den ursächlichen Zusammenhang der Ausbeutung eines Produktionsfaktors und des Gewinnes enthalten. Das Uebereinstimmen des Rechtes mit dieser Volksanschauung ist in unserem Falle, wie sich aus der Grundidee des Textes ergiebt, besonders werthvoll.

Art, entwickelt werden. Um dies klar zu machen, setzen wir voraus, dass der Entwurf bestimmt hat: „zu den Früchten eines Handelsgeschäftes gehört der durch den Handel erzielte Gewinn“. Damit würde der Entwurf ausser den Früchten „einer Sache oder eines Rechtes“ auch die Früchte einer besonderen Art des Gesammtkapitals, welches weder eine Sache noch ein Recht ist, anerkennen. Damit wäre aber dem Uebel noch keineswegs geholfen. A. hat von B. mala fide ein Handelsgeschäft gekauft, welches dem C. gehört. Auch bei der obigen Voraussetzung könnte C. keineswegs von A. die Erstattung des erzielten Gewinnes verlangen. Nach dem Entwurf hat nämlich C. in unserem Falle die Vindikation der noch bei A. vorhandenen Sachen und die Kondiktion der konsumirten. Ob man bei der endgültigen Redaktion des zukünftigen Gesetzbuches Industrie- und Handelsunternehmungen als einheitliche Kapitalien anerkennen, insbesondere die Vindikation einer Unternehmung als solcher einführen wird, scheint uns sehr zweifelhaft. Auch dies würde das traditionelle Dogma verletzen. Jedenfalls möchten wir hier darauf aufmerksam machen, dass eine solche Reform der Lehre von den Objekten der civilrechtlichen Ansprüche keineswegs den Eigenthumsbegriff berühren würde. Objekte des Eigenthumsrechtes sind und bleiben nur einzelne körperliche *Sachen*. Warum die Anerkennung des einheitlichen Eigenthums und Besitzes an Gesammtkapitalien civilpolitisch unmöglich wäre, [1] und warum trotzdem die Anerkennung der Vindikation, des Niessbrauches, Pfandrechtes etc. an Gesammtkapitalien technisch durchführbar und angerathen ist, darüber vgl. oben B. I § 8.

1) Natürlich, insofern es sich nicht nur um den Namen, sondern um die Konsequenzen handelt.

Anhang.

Entwurf II, Civilpolitik und politische Oekonomie.

Entwurf II, Civilpolitik und politische Oekonomie.

1. Der Entwurf II ist in manchen Beziehungen zweifellos besser, als die erste Lesung. Insbesondere ist anzuerkennen, dass die äussere, redaktionelle Seite einen unverkennbaren Fortschritt gegenüber der ersten Lesung aufweist. Auch inhaltlich ist manche Veränderung zum Besseren anzuerkennen.[1] Nichtsdestoweniger kann man den zweiten Entwurf ebenso wie den ersten vom civilpolitischen Standpunkt aus als eine Chrestomathie civilpolitischer Fehler charakterisiren, und als solche liesse er sich eher den zukünftigen Lehrern der Civilpolitik zum Schulgebrauch, zur Uebung der Hörer in der Auffindung von civilpolitischen Mängeln in den Gesetzen, als zur Erhebung in der gegenwärtigen Gestalt zu einem Gesetzbuch empfehlen.

Wenn wir auf die obigen Ausführungen (desgleichen auf die des ersten Bandes und der „Fruchtvertheilung") zurückblicken, so können wir nicht umhin, zu bewundern, welche guten Dienste für unsere Darstellung der Entwurf im Sinne eines Exempelbuches der civilpolitischen Fehler geleistet hat. Wir mussten zahlreiche und verschiedenartige Sätze und Institute des Civilrechtes berühren. Ueberall aber, auf Schritt und Tritt, bei jedem aufgestellten civilpolitischen Theorem waren wir in der Lage, den Entwurf dazu zu benutzen, die Richtigkeit der von uns aufgestellten und positiv begründeten Sätze auf eine negative Weise zu veranschaulichen, indem wir zeigten, zu welchen pathologischen Erscheinungen im Socialleben die abweichenden Bestimmungen des Entwurfes führen.

1) Uebrigens viele auch zu tadeln.

Wenn man absichtlich eine Chrestomathie für solche Zwecke verfassen möchte, könnte man kaum etwas Besseres schaffen.

2. *Vom psychologischen Standpunkt aus ist der Entwurf als ein unbewusstes Gesetzgebungswerk zu charakterisiren.* Die überwiegende Mehrzahl seiner Bestimmungen ist völlig unbewussten Ursprungs. Diese Behauptung erscheint auf den ersten Blick paradox. Beim näheren Studium der Paragraphen des Entwurfes und der psychischen Vorgänge, deren Produkt sie bilden, würde man uns indessen, wie wir glauben, Recht geben müssen. Den unbewussten Ursprung sehr zahlreicher im Entwurf durchgeführten Sätze könnten wir einfach dadurch nachweisen, dass wir an den Verfasser in Bezug auf diese Sätze die Frage richten, warum er so und nicht anders entschieden hat, und durch die Zusammenstellung der Paragraphen des Entwurfes selbst und der Motive (und Protokolle) dazu zeigen, dass der Verfasser eine solche Frage sich überhaupt nicht vorgelegt hat. In der obigen Darstellung haben wir eine Masse von Illustrationen dazu gewonnen. Es genügt, an einige Beispiele zu erinnern, um unseren Gedanken klar zu machen:

Welche Bedeutung für die Civilgesetzgebung hat der organische Ursprung gewisser ökonomischer Güter? Warum sind die Zinsen bei den auf species gerichteten Schulden unmöglich? Warum ist die Zinsenpflicht bei dinglichen Ansprüchen ausgeschlossen? Warum findet die Zinsenpflicht z. B. bei den Verwendungen des Mandatars, nicht aber bei vielen anderen Verwendungen statt? Warum die in usus conversio alienae pecuniae z. B. beim depositum, nicht aber bei vielen anderen Instituten die Zinsenpflicht begründet? (etc. etc., die Zinsenlehre des Entwurfes ist nichts weiter als eine grosse Sammlung derartiger Fragen ohne Antwort). Wozu ist die Pflicht des unredlichen Besitzers die fr. percipiendi zu leisten nothwendig (vgl. oben S. 73)? Warum sind die Regeln der Summission beim Niessbrauch, nicht aber z. B. beim Besitz fremder Sachen, am Platze? Wozu ist das Institut des Fruchterwerbes des gutgläubigen Besitzers nothwendig, warum ist dieses Institut z. B. beim putativen Niessbrauch entbehrlich? Warum gehören zum Sondergut eines Ehegatten bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Gegenstände der Schenkung und die erbschaftlichen Erwerbe?[1] Warum ist es sachgemäss, dem Wiederverkäufer

1) Die beiden letzten Fragen beziehen sich übrigens nur auf die erste Lesung (vgl. § 870 E. II und Protokolle zum § 1412 des E. I, wonach in der zweiten Lesung der Begriff des Einkommens verwerthet werden wird).

die imp. utiles und voluptuariae ersetzen zu lassen? Warum sind die vom Erben beim bedingten oder befristeten Vermächtniss gemachten nothwendigen Verwendungen nur nach Massgabe der Bereicherung des Legatars zu ersetzen?

Die Zahl solcher Fragen liesse sich beliebig vermehren; die obigen Beispiele werden aber wohl genügen, um klar zu machen, dass der Verfasser des Entwurfes eine Masse von speciellen Rechtssätzen aufgestellt und allgemeinen Principien durchgeführt, ohne überhaupt daran zu denken, ob diese Sätze und Principien irgend welchen vernünftigen Grund haben oder nicht. Ihr Ursprung im Entwurfe erklärt sich nicht durch bewusste Erwägungen des Verfassers, sondern durch verschiedene geschichtliche Zufälligkeiten, oft ganz äusserer Natur, oder tiefer liegende Ursachen, welche aber bei der Abfassung des Gesetzbuches jedenfalls als unbewusste Faktoren den Ausschlag gegeben haben.

3. Auf diese Weise erklärt sich das Vorhandensein einer Menge von eigenthümlichen *Anachronismen* im Entwurf. Auch dafür hat die obige Darstellung zahlreiche Beispiele geliefert. Die Zinsenlehre des Entwurfes bietet einen Anachronismus in einzelnen ihren Bestimmungen und im Ganzen bis auf den naiven Zweifel der Motive über das Wesen der Zinsen, nämlich darüber, ob sie zum lucrum ex re gehören. Um den Entwurf in diesem Gebiete zu verstehen, muss man nicht die gegenwärtigen Kreditzustände, sondern diejenigen, welche vor mehr als einem Jahrtausend geherrscht haben, in Betracht ziehen (vgl. oben § 31). — Die klassischen römischen Juristen haben die von den älteren Juristen aufgestellten Begriffsbestimmungen der verschiedenen Arten der Verwendungen traditionell wiederholt, obgleich diese Definitionen zu ihrer Zeit schon einen Anachronismus bildeten, indem das praktische Recht sich in Wirklichkeit an eine komplicirtere Wirthschaft angepasst hatte. Diese schon zur Zeit der klassischen Jurisprudenz veraltete Impensentheorie liegt dem Entwurf zu Grunde. Der Unterschied besteht nur einerseits darin, dass der Verfasser des Entwurfes über ihre Richtigkeit gar nicht zweifelt, während einige römische Juristen sich sehr skeptische Aeusserungen darüber erlaubten oder nach einer besseren Theorie suchten (l. 3 § 1 D. de imp.),

andererseits darin, dass der Verfasser des Entwurfes seine Theorie ad consequentias führt, obgleich er sich dabei in Widersprüche verwickeln muss, während diese Theorie bei den klassischen Juristen die Rolle einer todten Phrase gespielt hat (vgl. oben B. I §§ 11, 17, 21, S. 293 fg.). — Der Zustand der Lehre von den Gesammtsachen und von der Summission im Entwurfe erklärt sich durch die zufällige geschichtliche Thatsache, dass Sabinus die Behandlung dieser Materien an die Lehre vom Niessbrauch geknüpft hat, und die späteren römischen Juristen dieser Tradition folgten. — Einen der interessantesten Anachronismen im Entwurfe bildet seine Fruchtlehre. Sie entspricht dem Zustande der Kultur, welcher als Ackerbauperiode bezeichnet werden kann. Dies ist indessen noch nicht besonders auffallend. Wir würden uns mehr wundern, wenn der Verfasser bei der Bildung des Fruchtbegriffes z. B. die Fabrikproduktion berücksichtigt hätte. Viel eigentühmlicher sind die Einzelnheiten des Fruchtbegriffes des Entwurfes (§ 77 k E. II). Hier finden wir sozusagen einen Spiegel der geschichtlichen Entwickelung des Fruchtbegriffes (vgl. Band I § 16). Da haben wir zunächst die organischen Erzeugnisse, ein etwas verzerrtes Abbild des alterthümlichen Begriffes fructus = ea, quae gignuntur nobis ad fruendum, quae natura rerum ad usum hominis comparavit — die organischen Produkte, mit welchen die Mutter Natur ihr liebes Kind, den Menschen, ernährt. Nachher folgen im Entwurfe die Mineralien. Hier steckt die zweite Epoche der Entwickelung des Fruchtbegriffes in Rom (Bd. I S. 230 fg.). Die letzte Art der Früchte im Entwurf (die Civilfrüchte) entspricht der letzten Stufe der Entwickelung des Fruchtbegriffes in Rom, der Epoche des Eindringens der Geldwirthschaft (übrigens steht der Entwurf in einem anderen Gebiete der Fruchtlehre noch auf dem Boden der Naturalwirthschaft, der erste Entwurf vollständig, oben Bd. I S. 193, der zweite zum Theil, oben Bd. II S. 75). Ist diese Uebereinstimmung vielleicht zufällig? Nein, sie erklärt sich durch sprachgeschichtliche Gründe. Da nämlich das Wort fructus ursprünglich sich nur auf die dona Cereris, „quibus homo vescatur" (l. 77 D. de V. S.) bezogen hat und eine direkte Bezeichnung als fructus derjenigen ungeniessbaren Dinge, welche die römischen Juristen zu technischen Rechtszwecken in den juristischen Fruchtbegriff einschliessen mussten, das Sprachgefühl verletzen würde, so musste die römische Jurisprudenz die sprachlichen Schwierigkeiten auf eine eigenthümliche Weise umgehen (z. B. pen-

siones pro fructibus accipiuntur oder dgl.); dieses Verhalten der römischen Juristen zur gemeinen Sprache hat die Theorie der organischen Erzeugnisse als Früchte im eigentlichen Sinne, der Mineralausbeute als weniger eigentlicher Früchte und der Civilfrüchte als Früchte im uneigentlichen Sinne bei der ungeschichtlichen Behandlung der Quellen ins Leben gerufen. Diese Theorie hat der Entwurf recipirt. Wenn wir ferner die Frage aufwerfen, wie die eigenthümliche Thatsache zu erklären ist, dass der Entwurf die organischen Erzeugnisse ohne jede Beschränkung als Früchte anerkennt, bei den Mineralien dagegen das Erforderniss aufstellt, dass sie „der Bestimmung der Sache gemäss aus ihr gewonnen" werden, so würden wir auch hier vergeblich nach einem gesetzgeberischen Grunde suchen; wir müssen uns vielmehr an die Geschichte wenden; dann erfahren wir, dass der Fruchtbegriff des Entwurfes in der uns interessirenden Hinsicht den römischen Sklavenkindern ihre gegenwärtige Gestalt verdankt. Die partus ancillae waren immer gegen die Theorie der organischen Erzeugnisse sehr unartig. Denn sie gehörten zu den organischen Erzeugnissen, wollten aber nicht zu den Früchten gehören. Man suchte sie auf verschiedenen Wegen unschädlich zu machen. Schliesslich hat man als ein wirksames Mittel gegen dieselben den Ausspruch Ulpians: „non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant" gewählt. So hat sich die gegen die Sklavenkinder durch das Merkmal der bestimmungsmässigen Nutzung geschützte Theorie der organischen Erzeugnisse gebildet. Natürlich hat man auch die weniger eigentlichen Früchte, die Mineralien, durch dasselbe Merkmal beschränkt; sonst hätte man dem Eindringling, der Mineralausbeute, grössere Rechte als dem Lieblingskind, den organischen Erzeugnissen, verschafft. Der Verfasser des Entwurfes hat nun die Thatsache bemerkt, dass jetzt die Sklavenkinder den Triumphzug der Theorie der organischen Erzeugnisse nicht aufhalten können, auch wenn man die gegen dieselben geschmiedete Waffe bei Seite wirft. Dies hat man auch gethan; auf diese Weise haben die Sklavenkinder noch den Triumph der organischen Erzeugnisse im Entwurf erhöht, indem sie die Fesselung der „sonstigen Ausbeute" durch das Merkmal der bestimmungsmässigen Nutzung verursacht hatten, gegen die organischen Erzeugnisse schliesslich aber nichts auszurichten vermochten.

Die römischen Sklaven haben auch sonst viele Spuren ihrer einstmaligen Existenz im Entwurf zurückgelassen. Es ist ihnen

zuzuschreiben, dass die Lehre vom Arbeitseinkommen und dessen Erstattung oder Ersatz im Entwurf so vernachlässigt ist. Desgleichen ist es die römische Sklaverei, welche daran Schuld trägt, dass der Entwurf in Bezug auf die Regelung der Rechte der freien Arbeit verschiedener Art (Erwerb des Arbeitseinkommens) eine grosse Lücke enthält. Wenn nicht die Sklaverei in Rom, wenn die Arbeitsverträge mannigfacher Art in Rom eine annähernd so grosse sociale Bedeutung gehabt hätten, wie gegenwärtig, so hätten die römischen Juristen sicher ein umfangreiches und in's Einzelne gehendes Arbeitsrecht ausgebildet, wie sie ein umfangreiches und fein ausgebildetes Sklavenrecht geschaffen haben. Dann sähe auch der Entwurf wohl ganz anders aus.

Im Allgemeinen bestimmt sich die Stellung der Rechtsinstitute im Entwurf, ihr Platz im System und das Mass der gesetzgeberischen Aufmerksamkeit, welche ihnen zu Theil wird, meistens nicht nach ihrer gegenwärtigen Rolle in der Volkswirthschaft, sondern nach ihrer Bedeutung im Alterthum. Wir denken dabei nicht an zahlreiche Institute modernen Ursprungs, welche ins Civilrecht gehören und deren Ignorirung im Entwurf sich nur geschichtlich erklärt, nämlich dadurch, dass sie von den römischen Juristen nicht bearbeitet worden sind. Wir vermissen im Entwurfe namentlich eine selbständige Werthung der aus dem Corpus iuris abgeschriebenen Institute. Als Beispiele mögen hier mandatum und depositum angeführt werden. Die Function der Besorgung fremder Geschäfte und der Verwaltung fremder Wirthschaften wurde in Rom (wenn wir von der Benützung der Sklaven zu diesen Zwecken absehen) hauptsächlich als eine auf officium (Freigelassene) oder amicitia beruhende Gefälligkeit erfüllt. Die berufs- und gewerbsmässige Erfüllung dieser Function hatte noch keine nennenswerthe Bedeutung in der Volksökonomie. Dadurch ist die eigenthümliche Thatsache zu erklären, dass wir im Corpus iuris eine besondere Regelung der entgeltlichen Verwaltung gar nicht vorfinden, während das Institut der Besorgung fremder Geschäfte aus Gefälligkeit (mandatum) sehr eingehend und fein ausgebildet ist. Jetzt liegen die Verhältnisse umgekehrt. Die berufsmässige Verwaltung fremder Wirthschaften und sonstige gewerbsmässige Besorgung fremder Aufträge ist zu einem sehr wichtigen Theil des volkswirthschaftlichen Mechanismus geworden. Die Verwalter mit Gehalt und die Geschäftsführer gegen Entgelt bilden eine zahlreiche und unentbehrliche productive Menschenklasse. Die Uebernahme der Verwaltung aus

amicitia und officium hat dagegen ihre Verbreitung und Wichtigkeit eingebüsst; die Klasse der Freigelassenen existirt nicht; an seine Freunde wendet man sich wegen der Uebernahme der Verwaltung sehr selten, weil jetzt eine jede Verwaltung (auch die einer Landwirthschaft) eine Fachbildung erfordert und weil man zu diesem Zweck eben einen berufsmässigen Verwalter leicht finden kann (eine der Sachlage entsprechende Anstandsregel). Darnach könnte man in einem modernen Gesetzbuch einen selbstständigen Titel über die (entgeltliche) Verwaltung erwarten, wobei die Fälle des unentgeltlichen Auftrags am Ende dieses Titels durch die Bemerkung geregelt werden könnten, dass im Falle unentgeltlicher Uebernahme des Auftrags die und die besonderen Regeln (Rücktrittsrecht) zu gelten haben.[1] Der Entwurf II kopirt dagegen getreu das römische Recht, wobei er das röm. Wort mandatum unpassend durch das Wort „Auftrag" übersetzt. Man lese nur den ersten Paragraphen über den Auftrag (§ 593 E. II):

„Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen."

Die Laien werden sich beim Lesen dieses Ausspruches unwillkürlich fragen: „Warum denn glaubt der Gesetzgeber, dass die Aufträge immer unentgeltlich übernommen werden? Gewöhnlich verhält es sich umgekehrt. Oder will der Gesetzgeber verbieten, einen Auftrag gegen Entgelt zu übernehmen? Es muss ein Irrthum vorliegen." In der That bildet dies Verhalten des Gesetzgebers nur eine Irreführung der Leute, für welche das Gesetzbuch geschrieben ist. Den ganzen Titel des Entwurfes über den Auftrag kann man nur dann erklären, wenn man anstatt des Wortes „Auftrag" sich das Wort „mandatum" denkt und die römischen Socialverhältnisse in Betracht zieht.

Analog wie beim mandatum ist der volkswirthschaftliche Boden für das Institut depositum jetzt ein anderer als in Rom. Auch hier haben die Freunde und Bekannten an Bedeutung verloren, berufsmässige Aufbewahrer gewonnen. Darnach wäre es jetzt sach-

---

1) Ebendaselbt ist auch die Bestimmung am Platze, dass die Vereinbarung einer Leistung seitens des Auftraggebers den Auftrag nicht zum entgeltlichen macht, wenn diese Leistung nicht als Lohn, sondern als Ersatz für den dem Beauftragten im Falle der Erfüllung des Auftrags entgehenden Erwerb, erwachsende Kosten, versprochen ist. Das jetzt sehr vieldeutige Wort „Honorar" ist zu vermeiden.

gemäss, die Entgeltlichkeit als naturale des Hinterlegungsvertrages anzuerkennen, das Institut entsprechend zu regeln (z. B. kein Rücktrittsrecht) und erst nach eingehender Regelung der Hinterlegung als Tauschvertrages durch die Aufstellung entsprechender abweichender Regeln das eigentliche römische depositum, die Aufbewahrung aus Gefälligkeit, zu berücksichtigen.[1] Hier befindet sich der Entwurf übrigens nicht so weit von der sachgemässen Regelung der Materie, wie beim mandatum. Die Unentgeltlichkeit betrachtet er nämlich nur als naturale, die Vergütung als accidentale negotii („Für die Aufbewahrung kann eine Vergütung vereinbart werden," § 629 E. II). Dass die Regelung des Rücktrittsrechtes beim Hinterlegungsvertrage im Entwurfe auf einem anachronistischen Missverständniss beruht, haben wir schon oben gezeigt. —

Um noch auf eine wichtige Kategorie der geschichtlichen Zufälligkeiten im Entwurfe aufmerksam zu machen, ist hier auch der römischen stipulatio zu gedenken. Auch diese ist nicht ohne eigenthümlichen negativen Einfluss auf den Entwurf geblieben. Dies war eine eigenartige Form der Vertragsschliessung, welche sich für die Reception in Deutschland nicht eignete. Darum ist das römische Vertragsrecht in einer hinkenden Gestalt recipirt worden. Die Rechtsgeschäfte, für welche das römische Recht die Formalität der stipulatio-promissio forderte, wurden im gemeinen Recht formfrei. Man hat bei der Reception den Fehler begangen, dass man die Stipulationsform einfach weggeworfen hat, anstatt dieselbe durch die schriftliche oder sonstige sachgemässe Form wenigstens bei den besonders formbedürftigen Geschäften zu ersetzen.[2] Dieses verzerrte römische Vertragsrecht finden wir im Entwurf wieder. Ist es z. B. sachgemäss, dass man durch ein paar unbedachte Worte beim Glas Wein oder „stillschweigend" Bürge für fremde Schulden und ruinirt werden kann. Kaum ein anderer Vertrag ist für die unerfahrenen, leichtgläubigen oder leichtsinnigen Menschen so gefährlich, wie Bürgschaft. Man glaubt dabei gewöhnlich, dass man eine Gefälligkeit erweist, ohne selbst etwas zu verlieren. Der Freund, welcher um die Bürgschaft bittet, ist so liebens- und vertrauenswürdig, er redet so überzeugend zu. Er wird ja die Schuld sicher

1) Vgl. auch oben S. 443 Note.

2) Die Frage, ob man auf die Reception der stipulatio von vornherein oder nach einem ohne dauernden Erfolg gemachten Versuch verzichtet hat, ist für unsere Zwecke belanglos.

selbst bezahlen. Man genirt sich auch, den Mangel an Vertrauen durch die abweisende Antwort zu zeigen. Wie vielen pathologischen Erscheinungen im Gebiete der Bürgschaft würde die Vorschrift einer schriftlichen (und notariellen bei gewissen Kategorien der Bürgschaft) Form vorbeugen! Dadurch werden zunächst die rechtlichen Ueberraschungen beseitigt: der angebliche Bürge ist sehr überrascht und erschrocken darüber, dass man ihn wegen eines gelegentlichen Gespräches als Bürgen belangen will. Er wusste nicht, dass er durch seine Worte eine solche Gefahr für sich und seine Familie ins Leben rufen konnte. Die Formfreiheit kann auch, umgekehrt, für den Gläubiger eine verhängnissvolle Ueberraschung herbeiführen; er würde dem X. niemals ohne Sicherheit Kredit gewähren; den Worten des Y. glaubte er aber entnehmen zu können, dass dieser sich für X. verbürgt. Man kann auch die Formfreiheit absichtlich dazu benutzen, um einen unvorsichtigen oder unerfahrenen Menschen in die Falle zu locken. Solche absichtlichen (und zufälligen, was weniger wichtig ist) Ueberraschungen werden durch die Vorschrift der schriftlichen Form fast unmöglich gemacht. Dann folgen die Fälle, bei welchen der günstige Gemüthszustand des Subjektes dazu mit eigennütziger Absicht ausgenutzt wird, um das verhängnissvolle Wort von ihm herauszulocken. Die Nothwendigkeit der Abfassung und der Unterschrift einer Urkunde würde auch viele Erscheinungen der letzten Art verhindern. Das Anerbieten, ein Dokument zu unterschreiben, wirkt sehr ernüchternd. Gerade den rustici und imperiti flösst ein solches Anerbieten eine heilsame Furcht ein, welche die eigennützige Spekulation der Gegenpartei aussichtslos macht. Das als Opfer ausgewählte Subjekt wird sich eine Bedenkzeit ausbitten, seine Frau konsultiren etc.

Auch die Ertheilung einer Vollmacht, namentlich einer generellen Vollmacht, bildet oft einen sehr gefährlichen Vertrag. Wie viele Familien sind schon durch die unvorsichtige Vollmachtsertheilung durch Schurken zu Grunde gerichtet worden! Auch hier ebenso wie bei der Bürgschaft bildet die Hauptquelle der Gefahr der Umstand, dass man durch die Schliessung des Rechtsgeschäftes an sich noch nichts opfert, dass man keine sichtliche und nothwendige Minderung des Vermögens erleidet. Der Verlust ist nur mehr oder weniger möglich, dafür können nur mehr oder weniger unbedeutende Chancen sprechen, und diese Chancen sind für den Vollmachtgeber oder Bürgen oft verborgen. Der Gesetzgeber

muss hier mit dem menschlichen Optimismus rechnen, mit der Tendenz, die günstigen Chancen zu hoch und die ungünstigen zu niedrig zu veranschlagen oder gar nicht zu beachten. Man muss den unredlichen Leuten die Motive und die Möglichkeit zu entziehen suchen, aus dieser Seite des menschlichen Charakters für sich Kapital zu schlagen.[1]

Aus demselben Grunde betrachten wir auch die Anerkennung eines formlosen Zinsenvertrages (das römische Recht fordert für die Begründung der Kreditzinsenpflicht einen *besonderen* formellen Vertrag: mutuum [res] + usurarum stipulatio [verba]!) als einen civilpolitischen Missgriff. Der Schuldner verspricht hohe Zinsen, weil er eine zu optimistische Hoffnung hat, dass er die Schuld in wenigen Monaten oder Wochen bezahlen wird. Gewiss wird die Formvorschrift nicht alle leichtsinnigen Zinsenverträge aus der Welt schaffen. Die Erschwerung des Zinsenverkehrs durch die Formalität des Zinsenvertrages wird aber schon dann erkauft werden, wenn sie einem geringen Prozentsatz leichtsinniger Zinsverträge vorbeugt. Um den Zinsenverkehr weniger zu belästigen, könnte man schliesslich nur für das Versprechen der Zinsen über eine bestimmte Höhe, z. B. über 4 %, hinaus die schriftliche Form fordern. Auch die Ausübung des Wuchers würde durch das Erforderniss der schriftlichen Form für die Gültigkeit des Zinsenvertrages in manchen Fällen (und für gewisse Kategorien der Wucherer) erschwert und unangenehm gemacht.

Die übertriebene Formfreiheit der obligatorischen Verträge im Entwurfe wird auch *auf die Gütervertheilung* eine *ungünstige Wirkung*, welcher durch die schriftliche Form vorgebeugt werden könnte, ausüben. Da die Worte des Vertragsschlusses auf dem Papier nicht fixirt sind, so entstehen nachher Zweifel und Streitigkeiten darüber, was unter den Parteien ausgesprochen worden ist. Manche Ausdrücke und Bemerkungen, welchen die Parteien bei dem Abschluss des Vertrags keine besonders grosse Wichtigkeit beilegen und deren sie sich nachher

1) Die Massregeln der socialen Hygiene und Therapie in diesem Gebiete beschränken sich selbstverständlich nicht auf die Formvorschriften. Der Entwurf hat im Allgemeinen versäumt, auf die hervorgehobene psychische Erscheinung gehörige Antworten zu ertheilen. Die Kritik der Formfreiheit bei gewissen Kategorien der Geschäfte bedeutet gar nicht, dass wir mit den materiellen Rechtssätzen des Entwurfes bei denselben Instituten einverstanden sind.

nicht genau erinnern, gewinnen oft mit der Entwickelung und Komplikation des Rechtsverhältnisses eine grosse Bedeutung. Es ist nun eine psychologische Erfahrungsthatsache, dass das Gedächtniss auch der redlichen Menschen in dubiis meistens zu Gunsten seines Subjektes arbeitet. Nun streiten die Parteien über die Ausdrücke oder Klauseln ihres gesprächsweise geschlossenen Vertrages, wobei jede Partei redlich glaubt, dass sie sich der Umstände erinnert, welche zu ihren Gunsten sprechen; zunächst ist sie vielleicht nicht absolut ihrer Sache sicher, je mehr sie aber die Gegenpartei zu überzeugen sucht, desto fester und sicherer erinnert sie sich der gar nicht geschehenen Thatsachen oder der Ausdrücke, welche in Wirklichkeit etwas anders lauteten. Was kommt weiter? Wir Juristen sind gewöhnt zu denken, dass das Rechtsverhältniss sogleich im Gerichte erscheint, jedenfalls denken wir sogleich an die Anwendung der rechtlichen Beweisregeln, an die unparteiische Schlichtung des Streites. Mindestens in 99 Fällen von Hundert geschieht es ganz anders: die eine der beiden Parteien fügt sich. Welche? Ceteris paribus diejenige, welche sich fügen muss, welche im entstandenen Kampfe der ökonomischen Interessen ökonomisch schwächer ist. Wer eine ökonomisch schwache Position hat, wer von der anderen Partei abhängig ist, der geräth durch jeden Zweifel und Streit über den Inhalt des Vertrages in eine noch schlimmere Position, in eine noch grössere Abhängigkeit. Darum kann man über die durch den Entwurf angenommenen Grundsätze des Vertragsschlusses das Theorem aufstellen, dass dieselben eine Verschiebung von Gütern von den ökonomisch Schwächeren in die Taschen der Stärkeren bewirken.

Wenn wir diese Erscheinung eliminiren und voraussetzen, dass unter den Parteien ein ökonomisches, nicht aber ein psychisches Gleichgewicht besteht, so ist zu sagen, dass das Princip des Entwurfes eine Verschiebung der Güter zu Gunsten der an Egoismus und Rücksichtslosigkeit Stärkeren bewirkt.

Um die kombinirte Bedeutung der beiden obigen Theoreme sich klar zu machen, denke man an die Art und Weise, wie die Zweifel und Streitigkeiten unter den Wucherern und ihren Opfern geschlichtet werden.

Bisher haben wir die Intensität der Wahrheitsliebe der beiden Parteien nicht in Betracht gezogen, indem wir voraussetzten, dass das Gedächtniss der beiden Gegner wirklich zu ihren Gunsten spricht. Jetzt ist das dritte Theorem aufzustellen, dass der Ent-

wurf bei weniger skrupulösen Elementen die Versuchung erzeugt, den Pfad der eigennützigen Lüge zu betreten.

Beim zweiten und dritten Theorem ist besonders zu betonen, dass hier die Güterverschiebung mit dem schädlichen Einfluss auf die Volksmoral verbunden ist.[1]

Gewiss hat auch die schriftliche Form ihre Schattenseiten. Die wichtigste davon ist die Gefahr, dass die Motive zur Befolgung der vorgeschriebenen Form (Verweigerung des Rechtsschutzes für den Anspruch, sog. Nichtigkeit) keine genügende Wirkung ausüben. Wenn dann der Umtausch der Güter mittelst gesetzlich nicht anerkannter Rechtsgeschäfte geschieht, so ist dies eine an sich schädliche Erscheinung, weil darunter die Achtung für das Gesetz leidet, dann aber werden dadurch Motive für eigennützige Vertrauensbrüche geschaffen.

Der Civilpolitiker soll also nach Möglichkeit zu ermitteln suchen, wo die Motive zur Befolgung der Formvorschrift eine genügende Kraft haben, um die entgegengesetzten Tendenzen zu überwinden. Hier wird er zunächst konstatiren, dass die Parteien desto geringere Motive haben, das Formgesetz zu befolgen, je geringfügiger der Gegenstand ihres Vertrages ist. Wenn sie die Chancen des Schadens aus der Nichtbefolgung des Gesetzes veranschlagen und der Erfüllung der lästigen Formalität gegenüberstellen, so kommen sie zur Ueberzeugung, dass es sich gar nicht lohnt, dem Gesetze zu folgen. Daraus ergiebt sich, dass diejenigen positiven Civilrechte, welche die Form des Vertrages von seinem Werthe abhängig machen, ein sehr vernünftiges Princip verwirklichen. Es handelt sich dabei nicht um das Princip: minima non curat ius,

---

1) Nach dem oben Gesagten wäre es ein grober Irrthum, die uns interessirende Frage darnach zu beurtheilen, was in den Gerichten geschieht, welche Folgen sich dann ergeben, wenn die Parteien zum Zweck der Entscheidung ihres Streites zum Richter gehen. Immerhin ist auch in dieser Hinsicht anzuerkennen, dass die schriftliche Form den Vorzug verdient, weil sie den Missbrauch der gerichtlichen Beweismittel erschwert. Die bestochenen, falschen Zeugen haben zwar ihr Gegenstück im Gebiete der schriftlichen Form in der Gestalt der falschen schriftlichen Beweismittel. Ja, auf den ersten Blick möchte es scheinen, dass falsche schriftliche Beweismittel leichter zu beschaffen sind, als die falschen Zeugen, weil im letzten Falle im Gegensatz zum ersten zwei verbrecherische Willen nöthig sind. Indessen ist dem gegenüber zu beachten, dass das falsche schriftliche Beweismittel immer einen kühnen und entschiedenen moralischen Sprung voraussetzt, während der aussagende Zeuge oft durch unmerkliche Nüancen die Wahrheit verzerren und dabei mit seinem Gewissen und Gedächtniss leicht paktiren kann.

sondern im Gegentheil um die richtige Sorge für die minima.[1] Dann hat der Gesetzgeber desto geringere Hoffnung auf die genügende Wirkung der ihm zur Verfügung stehenden Motivation, je grössere Tendenz, die Geschäfte schnell abzuwickeln besteht, und je grösser der Druck der öffentlichen Meinung im betreffenden Verkehrsgebiete ist. Daraus ergiebt sich eine andere Behandlung des bürgerlichen als des Handelsverkehrs u. s. w.

Es würde uns zu weit führen, wenn wir die Grundsätze der Vertragsformpolitik ins Einzelne verfolgen oder eine erschöpfende Kritik des Entwurfes in dieser Hinsicht liefern wollten.[2] Das Obige genügt u. E., um die Nothwendigkeit einer aufmerksamen Revision des Entwurfes in unserem Gebiete zu begründen. Der Verfasser des Entwurfes hat das gemeine Recht mit Unrecht kopirt; die gemeinrechtlichen Grundsätze können für sich keine rationelle Rechtfertigung aufweisen. Sie erklären sich nur durch eine geschichtliche Zufälligkeit.

Das Formgebiet ist nicht das einzige, in welchem das römische Recht in verschlechterter, hinkender Gestalt recipirt wurde und auf diese Weise mittelbar einen schädlichen Einfluss auf den Entwurf ausgeübt hat. Im Allgemeinen haben wir oben nur Beispiele, keineswegs aber eine erschöpfende Aufzählung der geschichtlichen Zufälligkeiten und Anachronismen im Entwurfe zu liefern versucht; wir wollten nur Illustrationen für verschiedene Wege liefern, auf welchen der geschichtliche Zufall mit dem Entwurf sein Spiel getrieben hat, um die Methoden anzudeuten, welche zur Ermittelung und rationellen Beseitigung anderer analoger Fehler im Entwurfe führen können. Eine u. E. nicht übertriebene allgemeine Charakteristik des Entwurfes vom geschichtlichen Standpunkt liefert das folgende Bild:

Nach den ausgegrabenen geringen Resten, z. B. einem Gebisse, eines prähistorischen Thieres vermögen die Biologen mit annähernder Genauigkeit das ganze Thier anatomisch in Gedanken zu rekonstruiren. Wenn man analog einem Sociologen die Aufgabe stellte, auf Grund des Entwurfes als eines geschichtlichen Dokumentes zu bestimmen, welcher Stufe der Kulturentwickelung das dort

---

1) Bei den Rechtsgeschäften geringen Werthes sind auch die Gefahren des Missbrauches der Formfreiheit gering, weil die Versuchung für das eigennützige Betragen schwach ist.

2) Man erwäge z. B., welch schädliche Folgen die Formfreiheit des Vergleiches hervorruft.

niedergeschriebene Civilrecht entspricht, und nach diesem Civilrecht den übrigen Bau des entsprechenden socialen Körpers zu rekonstruiren, so stiesse der Gelehrte auf eigenthümliche Hindernisse. Aus einigen Theilen des Entwurfes würde er den Schluss ziehen, dass in der Epoche der Abfassung desselben das betreffende Volk sich fast ausschliesslich mit dem Ackerbau beschäftigte, jedenfalls die industrielle Grossproduktion der späteren Epochen noch nicht kannte, dass die Kreditverhältnisse sich noch in sehr primitivem Zustande befanden, dass die sog. sociale Frage noch nicht existirte, dass die freie Arbeit noch eine sehr unbedeutende Rolle in der Oekonomie des Volkes spielte u. s. w. Seine Freude über die Symmetrie der kulturgeschichtlichen Merkmale und die Möglichkeit einer sicheren Diagnose wäre aber vorzeitig. In seinem Schluss z. B., dass es sich um einen auf Sklavenarbeit beruhenden socialen Bau handelt, würde er dadurch erschüttert, dass er im Entwurfe keine Bestimmungen über die Sklaven finden könnte. Ebenso ginge es mit seinen anderen Schlüssen. Er würde sich schliesslich sagen müssen, dass die Bestimmungen des Entwurfes kein wahres Bild einer bestimmten Kulturstufe enthalten, dass es sich vielmehr um ein buntes asymmetrisches Agglomerat von verschiedenen Zeiten (verschiedene Epochen des römischen Alterthums, Mittelalter, Epoche der schrankenlosen wirthschaftlichen Freiheit, der Vergötterung der freien Konkurrenz . . .) entsprechenden Rechtsbildungen handelt, dass man ihm eine ähnliche Aufgabe gestellt hat, als wenn man einem Naturforscher einen Haufen verschiedenen geologischen Schichten entnommener Knochensplitter vorlegte und daraus einen einheitlichen Organismus zu rekonstruiren forderte.

4. Wir kehren zu unserer These über den unbewussten Ursprung des Rechtes des Entwurfes zurück. Gegen unsere Behauptung erhebt sich prima facie der Einwand:

„Um die Unrichtigkeit, ja die Absurdität derselben zu beweisen, genügt es, an die Thatsache zu erinnern, dass sehr umfangreiche Motive der ersten Lesung und Berathungsprotokolle der zweiten Lesung existiren, welche eingehende Bemerkungen zu jedem Paragraphen des Entwurfes enthalten. Diese Motive und Protokolle bilden ja geradezu eine Masse der bewussten, wohlerwogenen Gründe für alle vorgeschlagenen Gesetze."

Darauf ist zunächst zu erwidern: Angenommen (aber nicht zugegeben, vgl. unten), dass die jeden Paragraphen des Entwurfes begleitenden Motive (wohin wir auch die Protokolle der zweiten Lesung rechnen) bewusste rationes legis enthalten, wäre es doch unbegründet, daraus ohne Weiteres zu schliessen, dass alle Rechtssätze des Entwurfes bewussten und kritischen Erwägungen ihr Dasein verdanken. Dass ein solcher Schluss unrichtig wäre, hat schon die obige Ausführung (S. 438 fg.) zum Theil gezeigt. Ueber die Natur des Fehlers, welcher demselben zu Grunde liegt, und über die Berechtigung unseres Protestes gegen den Schluss selbst kann man sich leicht überzeugen, wenn man einige Paragraphen des Entwurfes aufs Gerathewohl herausgreift und in den Motiven nachsucht, welchen von den in diesen Paragraphen enthaltenen Rechtssätzen die Bemerkungen der Motive entsprechen (vgl. z. B. § 210 E. II und Motive, oben S. 290 fg.). Man wird dann konstatiren: fast jeder Paragraph spricht direkt oder indirekt eine grosse Menge von mehr oder weniger wichtigen Rechtssätzen aus. Je aufmerksamer man den Inhalt des Paragraphen analysirt, eine desto grössere Anzahl von solchen Rechtsfragen wird man aufstellen können, welche im betreffenden Paragraphen oder durch die Kombination dieses Paragraphen mit anderen Grundsätzen des Entwurfes ihre Antwort finden. Wenn man sich dann zu den Motiven (und Protokollen) wendet, so konstatirt man hier: Die Bemerkungen der Motive beziehen sich nur auf einen oft sehr geringen Theil der im entsprechenden Paragraphen enthaltenen Sätze, oder sogar: keine von den bei der Analyse des Gesetzes aufgestellten Fragen ist in den Motiven berührt. Oft wird man sich wundern, wie zufällig und unerwartet die Auswahl der Fragen ist, mit denen sich die Motive beschäftigen. Mitunter wird man sich dem Eindruck nicht erwehren können, dass der Verfasser des Entwurfes eigentlich in Verlegenheit war, was er über das Gesetz in den Motiven zu sagen hat, er hat aber dafür gesorgt, dass in den Motiven über jedes Gesetz irgend etwas gesagt wird. Vielleicht hat er selbst dem Glauben gehuldigt, wonach die Beifügung von Bemerkungen zu jedem Paragraphen des Entwurfes den Schluss begründet, wonach man „alles erwogen, über alles sorgfältig nachgedacht hat". In welchem Maasse dieses oft ausgesprochene Schlagwort „alles erwogen" naiv ist, zeigt die Zinsenlehre des Entwurfes klar genug. Allen Zinsenvorschriften des Zukunftsrechtes entsprechen ja besondere Bemerkungen in den Motiven und doch kann die Zinsenlehre des Entwurfes im Ganzen und im Einzelnen nur geschichtlich, nicht aber rationell erklärt werden. Die meisten und gerade die wichtigsten Fragen hat dabei der Verfasser ohne irgend welche Rechtfertigung in den Motiven entschieden.

Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, müssen wir hier sogleich erklären, dass die obige Ausführung an sich keineswegs einen Vorwurf gegen den Verfasser des Entwurfes zu richten bezweckt. Es wäre für ihn unmöglich, alle direkt oder indirekt aufgestellten Sätze auf ihren Werth und ihre Berechtigung zu prüfen. Auch will die obige Ausführung nicht behaupten, dass alle unbewussten Glaubenssätze zur Aufstellung von schlechten Gesetzen geführt haben. Der Werth und die innere Berechtigung eines Satzes hängt an sich nicht davon ab, ob er bewussten oder unbewussten Ursprungs ist. Es wäre vielmehr an sich nicht unmöglich, dass Jemand 100 Verhaltungsregeln (der Kindererziehung, der Wirthschaft, des Rechtes . . .) aufstellt, dass er keine von diesen Regeln bewusst und kritisch zu rechtfertigen im Stande wäre und dass trotzdem alle diese Regeln sehr nützliche und richtige Postulate sind. Man kann auch unbewusst das Richtige treffen. Wir wollten nur vor dem falschen Schluss aus der grossen Masse der Motive und Protokolle und vor dem Irrthum bei dem Satz: „Alles erwogen" warnen. Es wäre an sich von grossem psychologischem und geschichtlichem Interesse, eine besondere Untersuchung darüber anzustellen, welche Ursachen und Faktoren die Auswahl derjenigen Fragen bestimmten, die der Verfasser in den Motiven besonders hervorhebt und besonders eingehend beurtheilt, insbesondere zu zeigen, wie der geschichtliche Zufall hier mit dem Verfasser ein noch viel böseres Spiel getrieben hat, als bei der eigentlichen Rechtsproduktion. Indessen ist eine derartige Untersuchung für den eigentlichen Zweck unserer Ausführung über den unbewussten Ursprung des Entwurfs nicht unentbehrlich.

5. Wir gehen nunmehr zu denjenigen im Entwurfe enthaltenen Sätzen über, welche der Verfasser in den Motiven (oder Protokollen) begründet und gerechtfertigt hat, oder bezüglich welcher wir im Entwurfe selbst oder in den Motiven mindestens Spuren finden, dass der Verfasser sich einen bestimmten Grund dafür gedacht hat. Vorerst ist aber zu bemerken, dass ein sehr grosser Theil der Ausführungen der Motive nicht die Rechtfertigung und Begründung, sondern vielmehr eine Belehrung über die richtige Auslegung und über die juristischen Konsequenzen der vorgeschlagenen Sätze enthält. Dies haben wir schon im ersten Bande (S. 341 und passim) hervorgehoben. Hier ist nur zu konstatiren, dass derartige juristische Konstruktionen als demonstrationes, quae non nocent, nec prosunt, zu betrachten sind, dass sie mit der Begründung des Gesetzes

nichts zu thun haben, dass sie für die Frage, ob der betreffende Rechtssatz bewussten oder unbewussten Ursprungs, richtig oder unrichtig ist, irrelevant sind. Wir interessiren uns hier nur für den übrigen Theil der Ausführungen der Motive, welcher wirklich die Begründung der vorgeschlagenen Gesetze bezweckt. Auch unter Ausführungen der letzteren Art spielen die juristischen Konstruktionen eine hervorragende Rolle (vgl. übrigens unten sub 10). Nur sind diese Konstruktionen anderer Art als die oben erwähnten. Bei ihnen handelt es sich um die Begründung des zu rechtfertigenden Satzes dadurch, dass er deduktiv aus irgend welchem allgemeineren Rechtsprincip als logische Konsequenz desselben abgeleitet wird (die aufsteigende im Gegensatz zur oben besprochenen absteigenden Konstruktion). Sind die auf eine solche Weise gewonnenen Sätze bewussten, kritischen oder unbewussten Ursprungs? Diese Frage gestattet keine einheitliche Antwort. Es ist vielmehr in jedem konkreten Fall darauf zu sehen, aus welchem allgemeinen Satze der betreffende specielle Satz deduktiv gewonnen wird. Wenn der höhere Satz ein unbewusster Glaubenssatz ist, so ist dasselbe auch von dem speciellen aus ihm deducirten Satz zu sagen. Wenn dagegen der allgemeine Satz bewussten Ursprungs ist, wenn der Gesetzgeber erkannt hat, dass und warum der allgemeine Satz im vollen Umfange gerechtfertigt oder sogar nothwendig ist, so ist zu sagen, dass auch der specielle Satz bewussten Ursprungs ist. Analog ist die Frage nach der civilpolitischen Richtigkeit der mittelst der aufsteigenden Konstruktion gewonnenen Sätze zu beantworten. Wenn der allgemeine Satz im vollen Umfange civilpolitisch richtig ist, so ist damit gesagt, dass auch die in demselben enthaltenen Konsequenzen richtig sind. Daraus ergiebt sich, dass gegen die Gewinnung der Rechtssätze mittelst der juristischen Konstruktion seitens des Gesetzgebers an sich nichts einzuwenden ist. Im Gegentheil, es ist ganz naturgemäss, wenn der Verfasser eines Gesetzentwurfes, besonders eines so umfangreichen Entwurfes, wie der eines bürgerlichen Gesetzbuches, viele vorgeschlagenen Gesetze einfach dadurch begründet, dass er dieselben auf ein höheres Princip zurückführt, anstatt jedes Mal die für das höhere Princip vorgebrachten Gründe bei den subordinirten Sätzen zu wiederholen. Dies wäre ein zweck- und nutzloses Verfahren, welches man durch den Gebrauch der feststehenden abstrakten Formeln zum Zweck der Deduktion mit gutem Erfolg vermeiden kann. Nur ist vom

Verfasser zu fordern, dass er die Richtigkeit der allgemeinen Sätze, welche er bei der Konstruktion gebraucht und die Richtigkeit des logischen Verfahrens selbst (die logische Konsequenz des Schlusses) sorgfältig prüft. Damit bekennen wir, dass wir im ersten Bande an einigen Stellen die Ursache der dort hervorgehobenen civilpolitischen Missgriffe des Entwurfes auf eine oberflächliche, das Wesen der Sache nicht treffende Weise charakterisirt haben. So haben wir z. B. getadelt, dass der Verfasser die Regeln über die Verwendungen beim Wiederkauf mittelst juristischer Konstruktionen deducirt hat (S. 318). Dieser Tadel ist unbegründet. Nicht die Thatsache der logischen Deduktionen aus allgemeinen Sätzen und Begriffen an sich war an den betreffenden civilpolitischen Missgriffen schuld, sondern vielmehr der Umstand, dass der Verfasser unrichtig konstruirt hat, dass beide Prämissen, auf welchen sein Schluss beruht, unrichtig sind (was wir übrigens ebendaselbst S. 318, 319 hervorgehoben haben). Desgleichen hat er den Satz, wonach der mit einer Bereicherungsklage Belangte, wenn ihm das positive Wissen des Mangels des rechtlichen Grundes nicht nachgewiesen wird, alle auf die Sache gemachten Verwendungen (also auch die imp. voluptuariae) ersetzt bekommt, aus dem Begriffe der Bereicherung gewonnen. Dies schien ihm so selbstverständlich, dass die Protokolle der zweiten Lesung eine ausdrückliche Hervorhebung des Satzes für überflüssig erklären. Dies haben wir (eod. S. 339) auf folgende Weise getadelt: „Den Konstruktionsgrund des Verfassers verstehen wir sehr wohl; er klingt sehr hübsch und konsequent: Derjenige, welcher auf dem Grundstück Luxus treibt, hat zwar Lebensgenuss auf Kosten der fremden Existenz, man kann aber nicht sagen, dass er sich bereichert. Das Gesetz ist zwar grausam, aber konstruktionsmässig.“ Indessen steckt auch hier die Ursache des Missgriffes nicht in der Thatsache der Konstruktion an sich, sondern in den bei der Konstruktion begangenen Fehlern. Der erste besteht darin, dass der Entwurf unrichtig die Kategorie der Kondiktionsverpflichteten bestimmt, auf welche der Begriff der Bereicherung anzuwenden ist (vgl. oben B. I S. 336, S. 338 und §§ 742, 743 E. II). Der zweite Fehler besteht in dem wenig sachgemässen Begriff der Bereicherung, welchen der Verfasser adoptirt hat, und nach welchem alle impensae in rem, welche Jemand aus Anlass des Habens eines Kapitals macht, die Bereicherung aus diesem Kapital mindern sollen. Richtiger wäre es, den Begriff der Bereicherung auf die erlangte res und das lucrum ex ea re zu

beschränken und dem Empfänger wegen der Verwendungen aus eigenen Mitteln Gegenansprüche je nach der Art der Ausgaben zu gewähren oder zu versagen.

Den Rechtssatz über den Ersatz der nicht nothwendigen Verwendungen (mit Zinsen) an den Miether, Verkäufer hat der Verfasser gleichfalls durch die jur. Konstruktion gewonnen. Diese lautet: Der Verkäufer, der Miether handelt, wenn er die Verwendungen macht, zu welchen er nicht verpflichtet ist, zweifellos als neg. gestor. Der Fehler steckt hier im unrichtigen Begriff der neg. gestio (resp. in der unrichtigen Anwendung desselben). Dass die röm. Juristen den Begriff der neg. gestio enger und sachgemässer aufgefasst und angewendet haben, als der Verfasser, kann man eben schon daraus ersehen, dass sie selbständige Regeln für die Verwendungen des Miethers, des Käufers etc. aufgestellt haben, anstatt darin den Thatbestand der neg. gestio zu erblicken.

In anderen Fällen hat der Verfasser zu jur. Konstruktionen den Satz gebraucht: Wer zur Erhaltung der Sache verpflichtet ist, der muss nothwendige Verwendungen auf eigene Kosten besorgen. Natürlich ergeben sich daraus verkehrte Konsequenzen, weil die Prämisse selbst verkehrt ist etc. etc.

Kurz, die durch die jur. Konstruktion gewonnenen Sätze kommen für unsere Frage (nach dem bewussten oder unbewussten Ursprung der Sätze des Entwurfes) an sich nicht in Betracht, weil wir uns zum Zweck der Entscheidung der Frage an die höheren Sätze wenden müssen, welche der Verfasser nicht durch die jur. Konstruktion (mittelbar), sondern unmittelbar begründet und rechtfertigt.

6. Wir streichen also in Gedanken alle Ausführungen der Motive und der Protokolle, welche prima facie oder bei genauerer Analyse sich als jur. Konstruktionen (der beiden oben besprochenen Arten) erweisen. Die übrig bleibende Masse ist zwar verhältnissmässig nicht gross, aber sehr bunt. Unter Anderem finden sich hier Erwägungen, welche den dem Rechts- und Socialleben im Allgemeinen ganz heterogenen Gebieten entnommen sind. Wir haben schon im ersten Bande betont, dass z. B. die den Naturwissenschaften, der Biologie, der Physik . . ., entnommenen Erwägungen, Sätze und Begriffe an sich keineswegs für die Bildung der Begriffe und Sätze des Vermögensrechtes verwerthbar sind. Natürlich können wir den mit so untauglichen Mitteln geschaffenen

Produkten keinen bewussten und kritischen Ursprung zuschreiben. Auch wenn die auf solche Weise gewonnenen Rechtssätze sachgemäss wären, so würden wir doch sagen: es ist ein glücklicher Zufall, welcher dies herbeigeführt hat. Ein solcher Zufall ist an sich nicht ausgeschlossen, weil die Gegenstände, welche ein Gesetzgeber nach ihren naturwissenschaftlichen Merkmalen in einen Rechtsbegriff hineinschliesst, zufälligerweise gerade auch besondere gemeinsame für das psychisch-sociale Leben wichtige Eigenschaften haben (sich als Quelle gleichartiger Reaktionen im nationalökonomischen Leben darstellen) können, so dass wegen dieser Eigenschaften (genauer wegen dieser Reaktionen) auf diese Gegenstände besondere Rechtsregeln passen. In solchen Fällen kann man das Richtige treffen, ohne in Wirklichkeit zu verstehen, aus welchen Gründen es geschehen ist. Die Theorie der organischen Erzeugnisse des Entwurfes hat übrigens eine so glückliche (occasionalistische) Symmetrie nicht herbeigeführt. Im Gegentheil sind a l l e Rechtssätze des Entwurfes über die Früchte civilpolitisch unrichtig. Man könnte zwar den Satz, wonach der Eigenthümer der Muttersache an ihren organischen Erzeugnissen das Eigenthum erwirbt, als eine Ausnahme hinstellen. Hier ist der Satz — das Erzeugniss folgt der Muttersache — der Rechtsregel über den Eigenthumserwerb zufällig symmetrisch.[1] Allein diese Rechtsregel bezieht sich auf alle Stücke einer Sache; der Eigenthümer erwirbt an jedem von seiner Sache abgetrennten Stück das Eigenthumsrecht. Es handelt sich hier nicht um eine besondere Regel aus dem Gebiete des Fruchtrechtes. Wenn wir uns dagegen zu den Regeln des Entwurfes über den Eigenthumserwerb an den Früchten seitens anderer Personen, als des Eigenthümers (Niessbrauch, gutgläubiger Besitz, antichretischer Pfandgläubiger, Pächter . . .) wenden, so kann keine von diesen Regeln die civilpolitische Kritik bestehen. Alle Bäume z. B. sind nach dem Entwurfe Früchte des Grundstückes, und die Nutzungsberechtigten können sich das Eigenthum am ganzen Holzbestand des Grundstückes verschaffen, wenn sie alle Bäume fällen (vgl. §§ 869 bis 872, § 949 des Entw. II und oben Bd. I S. 125 fg.). Dass dieses Princip nationalökonomischen Schaden herbeiführt und demoralisirend wirkt, indem es Motive für unredliche Manipulationen bei Nutzungsberechtigten und D r i t t e n schafft, haben wir schon oben (Bd. I S. 136 fg.) ausgeführt. Durch dieses Princip wird ferner der Sinn und die Funktion der ganzen Rechtsinstitute verzerrt. So z. B. gewährt darnach das Institut des Fruchterwerbes des gutgläubigen Besitzers diesem das Eigenthumsrecht an vielen abgetrennten Theilen des Kapitals. Und die Auswahl dieser Kapitalstheile ist ganz zufällig. Welchen vernünftigen Grund kann man dafür finden, weshalb der gutgläubige Besitzer nicht ebenso das Eigenthum an den Resten eines abgebrochenen Gebäudes erwirbt, wie an den Resten eines verwüsteten Forstes? Oder ist die gesetzliche Begriffsbestimmung des Pachtvertrages nach dem Entwurfe (II § 521):

„Durch den Pachtvertrag wird der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch und den F r u c h t g e n u s s des verpachteten Gegenstandes während der Pachtzeit zu gewähren; der Pächter wird verpflichtet, dem Verpächter den vereinbarten Pachtzins zu entrichten“

nicht eine Verzerrung des Pachtvertrages, wenn man berücksichtigt, was der Entwurf unter den Früchten versteht? Diese Definition passt nur in denjenigen Fällen, wo der Vertrag gerade nicht als Pacht zu behandeln wäre, sondern vielmehr als Kaufvertrag oder als Kauf mit Pacht verbunden.[1]

Ebenso verkehrte Konsequenzen ergeben sich aus anderen Mängeln des Fruchtbegriffes des Entwurfes, insbesondere z. B. daraus, dass der Entwurf bei den Gesammtkapitalien zu den Früchten dasselbe rechnet, wie bei einzelnen Kapitalstücken[2] u. s. w.

---

1) Eigentlich trifft auch dies nicht zu, weil z. B. die auf dem Grundstück wachsenden Pflanzen organische Erzeugnisse der Mutterpflanzen, nicht aber des Grundstückes sind; wir gehen indessen im Texte von den naturwissenschaftlichen Anschauungen des Entwurfes aus, wonach die Pflanzen organische Erzeugnisse des Grundstückes sind.

1) Uebrigens ist der Begriff der Pacht im Entwurfe auch aus anderen Gründen unrichtig (primitiv, vgl. oben § 35).

2) Keinen Ersatz gewähren dafür die zwei §§ über den Niessbrauch und die Pacht „eines Grundstückes sammt Inventar“ (§§ 958, 526 E. II) und zwar nicht einmal für diese zwei Institute (geschweige denn für alle anderen Fälle). Warum die Summission nur bei „einem Grundstück sammt Inventar“ stattfinden soll, daran hat der Verfasser kaum gedacht. Nicht alle Thiergesammtheiten auf einem Niessbrauchsgrundstück gehören zum Inventar des Grundstückes. Ferner, alle Thiergesammtheiten können ohne ein Grundstück den Gegenstand des Niessbrauches oder der Pacht bilden. Warum sind die Regeln der Summission bei einem Obstgarten u. dgl. nicht am Platze? Aber auch die Regeln über das Inventar eines Niessbrauchs- oder Pachtgrundstückes sind im Entwurfe keineswegs befriedigend. Im § 958 heisst es: „Ist ein Grundstück sammt Inventar Gegenstand des Niessbrauchs, so kann der Niessbraucher über einzelne Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirthschaft verfügen.“ Was bedeutet „verfügen?“ Soll der Niessbraucher, um Eigenthum an den durch die Summission ersetzten Stücken zu erwerben,

Wir werden die zahlreichen Gründe nicht wiederholen, weshalb auch alle Rechtssätze des Entwurfes über die Fruchtprästationen „Erstattung der Nutzungen“ nicht sachgemäss sein können. Unter Anderem kann man auch hier die Summissionsregeln, als Grundsätze, nach welchen Früchte vom Kapital bei gewissen Kapitalien zu scheiden sind, nicht entbehren. Desgleichen würde das Princip, wonach alle Pflanzen Früchte eines Grundstückes sind, auch hier zu verkehrten Ergebnissen führen, insbesondere die Bildung eines sachgemässen Begriffes des reinen Einkommens, welchen der Entwurf als einen Begriff von allgemeiner Bedeutung überhaupt nicht kennt, unmöglich machen etc. etc.

Ebenso wie die civilpolitische Unrichtigkeit des Fruchtbegriffes im Entwurfe fast in alle Institute des Vermögensrechtes unrichtige Sätze hineinträgt, ebenso können wir sagen, dass der unbewusste, unkritische Ursprung dieses Begriffes die Elemente des Unbewussten zahlreichen Instituten des Entwurfes mittheilt. Ohne den Begriff des Einkommens im Allgemeinen und des Einkommens vom Kapital insbesondere kann man viele Theile des Civilrechtes weder bewusst beherrschen noch sachgemäss regeln.

Ja, wir könnten weiter gehen und nachweisen, dass man ohne den Einkommens**begriff** die Bedeutung des Civilrechtes als eines Ganzen, die Funktion und den Zusammenhang seiner einzelnen Theile nicht verstehen kann. Wenn es richtig ist, dass die wesentliche unmittelbare Funktion des Civilrechtes in der Regelung der Vertheilung des Volkseinkommens (Kapital ist nur ein Mittel zur Erzeugung des Einkommens) oder, anders ausgedrückt, des Erwerbes des Privateinkommens, besteht (oben Bd. I S. 327), so ist das Verhältniss des Verfassers des Entwurfes zum Einkommensbegriff an sich ein Zeichen des unbewussten Ursprungs des darin vorgeschlagenen Rechtes. Man hat eine Maschine gebaut, ohne daran zu denken, was die Maschine eigentlich produciren soll. Dies hat man auf die Weise vollbracht, dass man ähnliche Maschinen nach Stücken und Stückchen kopirt hat. Jedes Rädchen, welches andere Maschinen derselben Art besitzen, hat man

dieselben an sich selbst nummo uno verkaufen oder schenken? Und wenn dies durch die Fiktion der geschehenen Verfügung ersetzt werden soll, so muss man doch die Zeit des Eigenthumserwerbes irgendwie bestimmen. Noch lückenhafter ist der § 526 über die Pacht eines Grundstückes sammt Inventar. Wem gehören die capita inutilia? Wenn dem Pächter, wann findet der Eigenthumserwerb statt?

nachgemacht und dasselbe dort eingefügt, wo es in anderen Maschinen sich befindet.

Aehnlich könnten wir ausführen, dass man auch ohne den Begriff des Kapitals (selbstverständlich handelt es sich nicht um die Worte: Kapital, Einkommen . . .) und seiner Kategorien die Funktion und das Wesen einzelner Institute und des Vermögensrechtes als Ganzen nicht bewusst erfassen kann. Einzelne Punkte haben wir schon oben direkt hervorgehoben oder zwischen den Zeilen angedeutet. Wir haben uns überzeugt, wie nothwendig der Begriff Kapital für die Bildung des richtigen Fruchtbegriffes ist (vgl. Bd. I S. 31 fg., §§ 3, 7, 8 etc.). Auch im Fruchtbegriffe des Entwurfes hat der Begriff des Kapitals unbewusst nach Verwirklichung gerungen. Eine logische und ökonomische Karrikatur desselben enthält der Ausdruck: „Früchte einer Sache oder eines Rechtes“ (§ 77 l, vgl. § 77 k E. II). Für eine bewusste und klare Theorie des Einkommensersatzes ist dieser Begriff ebenso unentbehrlich (vgl. oben Bd. II S. 35). Desgleichen für die Entwickelung des richtigen Begriffes der verschiedenen Kategorien der Verwendungen. Der Begriff der imp. necessariae des Verfassers „Erhaltung der Sache“ zeigt an sich die Nothwendigkeit des Kapitalbegriffes. Wenn man hier nicht an die Sachen, sondern an das Kapital gedacht hätte, so würde man dabei weder den Begriff „Erhaltung“ noch den Begriff „Sache“ benutzen. Das Verständniss des Wesens der Zinsen und der ganzen Zinsenlehre setzt das Verständniss des Gegensatzes zwischen dem umlaufenden und stehenden Kapital voraus. Ohne diesen Gegensatz kann man auch zu einem richtigen Begriff des Darlehns und seiner Funktion im Systeme des Civilrechtes nicht gelangen. Der Begriff des Darlehns im Entwurf („Geld oder andere vertretbare Sachen“, § 547 E. II) erklärt sich nicht rationell, sondern durch geschichtliche Zufälligkeiten. Auch das Verständniss des Wesens des Kredites und der Kreditgeschäfte setzt die Beherrschung des genannten Gegensatzes voraus u. s. w.[1]

Für die richtige und klare Auffassung der Lehre von den Rechtsobjekten ist ausser den Begriffen Kapital und Einkommen noch ein höherer Begriff „ökonomisches Gut“ im Gegensatz zu

1) Vgl. noch z. B. die Begriffe: „Uneigentlicher“ Niessbrauch, depositum irregulare und entsprechende nichts weniger als sachgemässe Bestimmungen des Entwurfes.

den Gütern, welche nicht ökonomisch sind, von Nutzen (darüber vgl. die entsprechende Lehre der Nationalökonomie und die Rechtslehre über die res extra commercium und dgl.).

Auch das Wesen und die Funktionen des Rechtsgeschäftes sind nur vom Standpunkt des gesammten Mechanismus der Güterverteilung richtig zu erkennen. Die alte Nationalökonomie, sog. Manchesterschule, hat sich einseitig für die Bedeutung des Rechtsgeschäftes begeistert. Man lieferte ausführliche Darstellungen darüber, welche wohlthätigen Wirkungen die Arbeitstheilung und der Tausch ausüben, wie das Tauschgeschäft die Bewegung von ökonomischen Gütern dahin bewirkt, wo sie mehr Werth haben und Nutzen bringen, wie auf diese Weise der Volksreichthum vermehrt wird u. s. w. Daraus die Konsequenz: man soll den Verkehr möglichst wenig hemmen, den Abschluss des Geschäftes erleichtern und seine Wirkung sichern. Damit hingen unter anderem die einseitigen Lobsprüche für das Geld zusammen. Diese Richtung beeinflusste die Anschauungen des grossen Publikums und der Juristen auch zur Zeit noch, als man im Gebiete der Volkswirthschaftslehre die Einseitigkeit und Irrthümer, auf welchen die alte Theorie beruhte, schon längst bemerkt hatte. Es ist eine allgemeine Erscheinung, dass die Anschauungen des grossen Publikums im Verhältniss zu einer speciellen Wissenschaft anachronistisch sind. Jene Anschauungen mit ihrer Einseitigkeit haben lange auf die Rechtsentwickelung eingewirkt und herrschen noch jetzt in der Rechtspraxis und der Rechtswissenschaft. Die dahin gehörenden Schlagworte, welche als entscheidende Argumente benutzt werden, lauten: Bedürfnisse des Verkehrs, Sicherheit des Verkehrs und dergl. Damit behaupten wir nicht, dass man bewusst jene Anschauungen vertritt und sich zu ihnen ausdrücklich bekennt. Im Gegentheil, man würde vielleicht dasjenige, was man jetzt unter der Sicherheit des Verkehrs versteht oder genauer mit oder ohne Benutzung dieses Schlagwortes instinktiv vertritt, als „Unsicherheit", „Gefahren des Verkehrs" bezeichnen, wenn man seine unbewussten Rechtsanschauungen in eine bewusste Theorie umsetzte. So z. B. würde man dann kaum eine Sicherung des Verkehrs in allen den Sätzen erblicken, welche dahin führen, dass man ohne den eigentlichen Abschluss des Vertrages schon auf Grund vorhergehender Erscheinungen Schuldner wird. Liegt die wahre Sicherheit des Verkehrs nicht vielmehr im römischen Princip, wonach man bis zum eigentlichen Abschluss des Vertrages die Sache ruhig prüfen

konnte. Es wäre sorgfältig zu erwägen, ob die modernen Anschauungen über die culpa in contrahendo und dgl. nicht die grössten Gefahren für weniger erfahrene und rechtskundige Leute in sich bergen, ob sie nicht eine Uebertreibung von plutokratischen und merkantilen Tendenzen enthalten, ob sie nicht für eigennützige Machinationen und Ausbeutung Waffen bieten. Aehnlicher Art sind die meisten praktischen Neuerungen, welche man mittelst Umdeutung der Quellen, auf Grund des „Gewohnheitsrechtes", der Rechtspraxis oder einfach praktischer Erwägungen, Billigkeitsrücksichten etc. eingeführt hat. Gegen das Eindringen solcher Anschauungen hat auch die früher allgemein herrschende Tendenz, streng juristisch zu bleiben und nur auf Grund der Rechtsquelle zu entscheiden, keinen Schutz geliefert. Denn man hat vielfach in den Quellen unwillkürlich das gelesen, was man in Wirklichkeit seinem Rechtstakt, Billigkeitsgefühl etc. verdankte. Man hat in Wahrheit den Inhalt der Quellen schon längst specificirt und verschoben, bevor dies zu thun als „modern" bezeichnet worden ist.

Die sorgfältigere Betrachtung der Erscheinungen des Tauschverkehrs hat in der Nationalökonomie dahin geführt, dass man Schattenseiten dort gefunden hat, wo man ehemals nur Lichtseiten erblickte. Ja, man ist vielfach geneigt, schwarz zu malen, wie es gewöhnlich bei Reaktionen gegen einseitige Theorien geschieht. Für uns gilt es aber weder schwarz noch weiss zu malen, sondern in unserem Gebiete zu wirken. Denn wir sind dazu berufen, für die Hygiene zu sorgen, den pathologischen Erscheinungen nach Möglichkeit vorzubeugen, die Verwirklichung der gesunden Funktion des Rechtsgeschäftes nach Kräften herbeizuführen. Dazu sind aber noch Vorkenntnisse zu erwerben. Wir müssen eine für unsere Zwecke angepasste Theorie des Werthes der ökonomischen Güter, der psychischen Voraussetzungen der richtigen Werthschätzung, der Ursachen der mangelhaften Werthbestimmung, der psychischen Bedingungen der freien und richtigen Befolgung des Werthurtheiles etc. eingehend ausarbeiten. [1] Was den Entwurf anbe-

1) Das Nähere später. Dann auch die positiven Reformvorschläge. Nur zur Veranschaulichung der extensiven Bedeutung unseres Gedankens möchten wir hier die Frage andeuten, ob es nicht richtiger wäre, die Mündigkeit für die Kapitalgeschäfte (einmalige Dispositionen) und für die Einkommensgeschäfte (wiederkehrender Natur) verschieden zu gestalten, statt einheitlich zu regeln. Der Gegensatz zwischen den Kapital- und Einkommensgeschäften sollte auch sonst (z. B. bei der Formfrage, bei der Auseinandersetzung des Civilrechtes mit dem Handelsrechte) gründlich berücksichtigt werden.

trifft, so ist zu behaupten, dass er nicht nur seine positiven (zum Theil auch bei der Anwendung einer richtigen nationalökonomisch-psychologischen Methode sehr schwierigen) Aufgaben nicht gelöst hat, sondern sogar durch künstliche Mittel die pathologische Seite des Rechtsgeschäftes begünstigt oder pathologische Geschäfte künstlich in's Leben ruft. Insbesondere kehrt oft die Erscheinung wieder, dass der Entwurf das Verhältniss der Parteien so gestaltet, dass es einen günstigen Boden für die Entstehung der gemeinschädlichen (insbesondere wucherischen) Geschäfte bildet (zahlreiche Beispiele in der Impensenlehre des Entwurfes und unten sub 11).

Auch zur richtigen Erkenntniss des Wesens des Begriffes „Rechtsfähigkeit", „Rechtssubjekt" im Sinne des Civilrechtes, sowie der Funktion, welche die Person einerseits, der Mensch andererseits im System der Vertheilung des Volkseinkommens spielen, sind wir noch nicht gelangt. Ebenso die sog. „physischen" wie die sog. „juristischen Personen" sind keine Erscheinungen der objektiven sinnlichen Welt. Für den Begriff der civilrechtlichen Person als solcher ist das Vorhandensein eines Organismus,[1] desgleichen eines Vermögens (a fortiori einer organisirten Verwaltung eines solchen) unwesentlich. Die Person im Vermögensrechte ist eine **ideelle Güterstation im Processe der Gütervertheilung**. Sie ist ein Fokus, wo sich die Güter koncentriren, um weiter zu laufen oder zum Zweck der Konsumption oder aus sonstigen Gründen dort dauernd zu verbleiben. Die Verbindung der Güter mit der Vertheilungsstation ist gleichfalls ideell (sub-

1) Die früher herrschende Theorie half sich bei den jur. Personen durch eine Fiktion; dasselbe ist auch von der gegenwärtig herrschenden nach unserer Meinung zu behaupten. Der Unterschied besteht darin, dass die frühere Theorie ihre Fiktion als solche anerkannte, während die gegenwärtige an das Vorhandensein eines einheitlichen Organismus mit einheitlichem Willen etc. im Falle der jur. Person selbst glaubt. Ist es nicht eine Fiktion, wenn man das Vorhandensein eines reellen Organismus, eines einheitlichen Körpers darin erblickt, dass Schultze, Schmidt und Müller beim Stammtisch einen Verein zum Ankauf billigen und guten Bieres gegründet haben? Aber auch der Staat ist nur ein fingirter Organismus. Und gerade im letzten Falle ist die Fiktion am meisten geeignet, zu falschen und schädlichen Schlüssen zu verleiten und den Fortschritt zum Guten und zur Wahrheit zu hemmen. Die Auffassung des Staates als Organismus führt zur Passivität, zum ruhigen Zusehen, wie der Organismus aus sich selbst durch seine eigenen organischen Kräfte sich entwickeln wird. Sie ist geeignet, ein Argument für die Konservirung desjenigen, was eine gründliche Reform erfordert, zu liefern. — Durch diese Bemerkung soll keineswegs den unvergänglichen Verdiensten um unsere Wissenschaft der Männer, welche trotz der unrichtigen Ausgangspunkte epochemachende Fortschritte im Gebiete der Lehre von den jur. Personen erzielt haben, zu nahe getreten werden.

jektive Rechte). Aeusserlich betrachtet sind unsere Stationen der Gütervertheilung Namen, auf welche die Rechtsgeschäfte, Klagen, subjektive Rechte u. s. w. bezogen werden können und dürfen. Die Namen könnte man durch die Nummern oder durch sonstige individualisirende Bezeichnungen ersetzen. Man muss aber wissen, in welches Lagerhaus das fragliche Gut gehört. Der heilige Martinus, No. 1, Karl Lehmann, Jupiter u. s. w. sind gleich gute Namen. Wenn ein absoluter Herrscher gesagt hätte: „Wir verleihen dem Herrn X. drei Vermögenspersönlichkeiten X^1, X^2 und X^3" oder „Wir schaffen eine Person unter dem Namen „Sonne" und erlauben unseren Unterthanen dieser Person Erbschaften, Geschenke zuzuwenden" etc., so würden wir dies vielleicht als einen leichtsinnigen und schädlichen Missbrauch der Gewalt bezeichnen, die Gerichte des betreffenden Staates müssten aber das Vorhandensein der geschaffenen Personen anerkennen, ohne darnach zu fragen, wo befindet sich ein Organismus, ob ein besonderes Vermögen da ist, ob der Herrscher sich über den Zweck der Person erklärt hat, ob er für die Organisation einer Verwaltung gesorgt hat, ob die der Person zugewendeten Güter irgend Jemandem nutzen werden etc.

Um den Sinn unseres Begriffes „Güterstation" und die thatsächlich meist vorhandene vernünftige Funktion dieses Institutes in allgemeinen Umrissen zu erklären, streichen wir zunächst einstweilen die juristischen Personen als Vermögenssubjekte und setzen zweitens voraus, das jede Persönlichkeit thatsächlich nur einzelnen physischen Individuen zu Gute kommt. Dann würde der Mechanismus der Gütervertheilung so aussehen: es existirt eine Menge von Güterstationen und jeder Güterstation ist ein Konsument beigegeben. Dieser Konsument ist zugleich der Verwalter der Station (thatsächlich werden die Individuen, welche offenbar zur Verwaltung der Station ungeeignet erscheinen, wie Kinder, Geisteskranke, Verschwender ex officio durch mehr geeignete Verwalter ersetzt; davon können wir indessen für unsere Zwecke abstrahiren). Alle ökonomischen Güter sind zwischen den einzelnen Stationen vertheilt (wir erinnern an unsere Fiktion). Die Bande, welche die Güter mit der Station verbinden, heissen Eigenthum, Niessbrauch, Forderung etc. Jedem Stationsinhaber wird die Unverletzlichkeit der erworbenen Rechte garantirt. Der Inhaber der Station kann über die Güter sowie über seine persönlichen Kräfte (in gewissen sehr weiten Grenzen) frei verfügen, insbesondere dieselben an andere Stationen gegen andere Güter oder unentgeltlich veräussern. Er

kann sogar bestimmen, was mit den angesammelten Gütern nach seinem Tode geschehen soll. Dieses System der Volksgüterverwaltung können wir als System der absoluten Decentralisation bezeichnen. Ist eine solche decentralisirte Verwaltung möglich? Dies ist ja eine Herrschaft der Willkür, der Laune, eine Verwaltung, bei welcher keine Planmässigkeit möglich ist. Ueber diese Frage konsultiren wir ältere Lehrbücher der Nationalökonomie. Diese Lehrbücher sind zum grossen Theil der Kritik oder genauer der Verherrlichung des vorausgesetzten decentralisirten Systems gewidmet. Es wird gezeigt, wie jeder Stationsinhaber im eigenen Interesse (aus Egoismus) für das Wohl der Allgemeinheit handeln wird. Er wird die vorhandenen Güter nicht etwa zum Zweck des Genusses sogleich verbrauchen oder aus Laune zerstören, sondern er wird nicht nur sachgemäss sparen, sondern auch alle seine Kräfte und sein Wissen anspannen, um die Quantität der Güter zu vergrössern, ihre Qualität zu verbessern. Er wird gerade dasjenige produciren, was die Gemeinschaft braucht . . . Der Egoismus ist die ordnende und wohlthätige Macht, welche zu einer schönen Melodie, der Harmonie der Interessen, führt.

Die spätere Entwickelung der Nationalökonomie hat dieses schöne Bild zum grossen Theil zerstört. Insbesondere hat man darauf hingewiesen, dass, die Richtigkeit der obigen Sätze in Bezug auf die Produktion vorausgesetzt, eine normale Vertheilung der Güter auf obigem Wege nicht erreicht werden kann, aber auch die vollkommene Planmässigkeit der Nationalproduktion ist thatsächlich nicht vorhanden; zunächst trifft die allgemeine Harmonie der Privatinteressen mit dem bonum publicum bei Weitem nicht zu. Und sogar in denjenigen Fällen oder Hinsichten, wo diese Harmonie im grösseren oder geringeren Maasse wirklich zutrifft, kann der einzelne Mensch nicht immer richtig erkennen, was die Allgemeinheit braucht; er producirt oft mehr oder weniger auf's Gerathewohl zum eigenen und der Allgemeinheit Schaden (Ueberproduktion, Krisen).

Oben haben wir das Bestehen der Güterstationen, welche keine physischen Personen sind, wegfingirt. Thatsächlich besteht nun in der modernen civilisirten Welt eine grössere Quantität der Güterstationen, als es Menschen giebt. Wenn wir von den Konsumenten und den specifischen Funktionen dieser überzähligen Güterdepôts (welche sehr verschiedenartig in den beiden Hinsichten sind) absehen, sondern nur die Thatsache beachten, dass es um

ein Paar Tausend selbständige Güterstationen mehr in der betreffenden Volkswirthschaft giebt, so ändert dies die oben geschilderte Gestalt der Verwaltung des Volksreichthums principiell sehr wenig. Ja, die Decentralisation erscheint noch grösser, darum auch z. B. die Gefahr der Planlosigkeit, der wirthschaftlichen Krisen und anderer Schattenseiten der Decentralisation noch bedeutender. Es tritt eine grössere Anzahl von Producenten und Konkurrenten auf dem Markte auf. Es giebt mehr Klagen in den Civilgerichten, mehr Konkurse etc. Die Ungleichmässigkeit der Gütervertheilung kann durch diese neuen Güterstationen sehr erhöht werden (Aktiengesellschaften, Kartelle . . .). Die ökonomischen Principien, nach welchen die Verhältnisse zwischen diesen Stationen und den physischen Personen abgewickelt werden, sind dieselben, wie unter den physischen Personen mit einander. Kurz, das Bestehen der juristischen Personen als selbständiger Vermögenssubjekte, welche im Verkehr mit Anderen denselben (oder doch wesentlich denselben) civilrechtlichen Sätzen unterworfen sind, wie andere Personen, ändert die Struktur des Güterverkehrs an sich nicht.

Indessen ist unsere obige Schilderung des Mechanismus der Güterverwaltung doch sehr einseitig; wir sind zunächst von der falschen Voraussetzung ausgegangen, als ob bei den physischen Personen als Konsumenten die Inhaber der Güterstation immer auftreten. Es ist höchst eigenthümlich, dass gerade die Romanisten häufig von unserem einseitigen Standpunkt ausgehen. Indessen liegt gerade für einen Romanisten eine andere Anschauung sehr nahe. Eine vollkommene Vermögensfähigkeit besassen in Rom nicht die homines, nicht einmal die cives, sondern nur die patres familias. Ein wirthschaftlich vernünftiges und aufmerksames Betragen wird nach dem Massstab eines bonus pater familias bemessen etc. Hier schlummert eine höchst werthvolle und wichtige Wahrheit. Das Normale bilden nicht die Fälle, dass ein alleinstehender Mensch die Güterniederlage in seinen ausschliesslich egoistischen Interessen verwaltet, dass er die Art der Verwaltung darnach einrichtet, dass die erworbenen Civilrechte ihm ausschliesslich Genuss und Vortheil bringen; der normale Fall besteht vielmehr darin, dass die Güterstation dem Wohl einer Familie dient, dass die Persönlichkeit dem Menschen als einem gegenwärtigen oder zukünftigen pater familias gewährt wird, dass er auch entsprechend die ihm anvertraute Güterstation verwaltet (diligentia patris familias). Man soll sich nicht dadurch täuschen lassen, dass

in den Rechtsakten der Name eines einzelnen Menschen figurirt; im Gerichte und bei den Rechtsgeschäften handelt es sich um die Namen, um die individuelle Bezeichnung des Gütercentrums, um das Soll und Haben, welche einem Namen zuzuschreiben sind. Diesen Namen vertritt Jemand, der Inhaber des Namens, der Vormund, der Rechtsanwalt, der Vorsteher einer juristischen Person etc. Nach der gerichtlichen Verhandlung tritt der Vertreter des Namens in ein Haus und verkündet das Resultat. Hier erst sehen wir Freude oder Kummer, hier das wahre Bild der „Interessen“. Wenn wir das Wort Haus im metaphorischen Sinne derjenigen Gruppe von Menschen verstehen, welche den wahren Konsumenten der Güterstation bildet (darunter auch die alleinstehenden und für sich lebenden Menschen als solche, nicht als Träger der vermögensrechtlichen Persönlichkeit), so gewinnt unser Schema folgende Gestalt: Der Prozess der Gütervertheilung hat zwei Phasen, wobei die „Person“ eine Station und eine Caesur in diesem Prozesse bildet. In der ersten Phase richtet er sich nach den obigen Grundsätzen des Civilrechtes (Eigenthum, Vertragsfreiheit etc.). Die zweite Phase haben wir bisher noch nicht betrachtet. Bei der ersten Phase treten nur Namen, Nummern von Gütercentren auf, und es werden auf alle Güterstationen wesentlich gleiche Regeln angewendet. Die zweite Phase können wir beobachten, wenn wir in die Häuser eintreten, welchen die Nummern entsprechen. Hier bemerken wir die höchste Verschiedenheit der Grösse, der Einrichtung der Häuser, der Zahl der Hausgenossen, der Regeln und Sitten, welche darin herrschen.

Was die Grösse der Häuser und die Zahl ihrer Einwohner anbetrifft, so werden die hier herrschenden Gegensätze klar, wenn wir an den Herrn Adolph Lehmann mit Frau und Kindern einerseits, an das Deutsche Reich andererseits denken.

Um die Gegensätze in der Natur der Regeln der „häuslichen“ Gütervertheilung zu veranschaulichen, stellen wir folgende Beispiele zusammen: a) In der Familie des Herrn Adolph Lehmann werden die Güter überhaupt nicht nach festen Rechtsregeln, sondern vielmehr nach den Grundsätzen der Familienliebe getheilt, wobei das normale Hauptprincip lautet: jedem Familienglied nach seinen Bedürfnissen unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und der Mittel der gesammten Familie[1]; dies können wir z. B. beim Mittagsessen,

1) Nur eine höchst subsidiäre, auf ausserordentliche pathologische Fälle

bei der Anschaffung von Kleidungsstücken, bei der Regelung der Erziehung beobachten; b) bei der Aktiengesellschaft X. geschieht die Vertheilung der Güter nach dem vertragsmässig gebildeten Statut; c) bei der von X. gebildeten Stiftung ist der letzte Wille des Errichters massgebend; d) im Deutschen Reich herrschen specielle für dasselbe aufgestellte Gesetze. Bemerkenswerth ist, dass hier analog wie in der Familie der Grundsatz als Postulat gilt, dass die Theilung nach den Bedürfnissen aller Glieder im Einzelnen unter Berücksichtigung des Wohles und der Mittel der Gesammtheit geschehen soll.

Trotz dieser Gegensätze kann man doch bei der Gütervertheilung unter der Caesur gemeinsame Eigenschaften konstatiren. Ein wesentliches und begriffliches Merkmal dieser Gütertheilung im Gegensatz zu der über der Caesur erblicken wir in der Centralisation. Mag die Anzahl der Konsumenten hier auch noch so gross sein, sie erhalten doch alle die ihnen gebührenden Güter aus einer und derselben Güterniederlage. Das Budget ist einheitlich, ebenso der Plan der Verwaltung und die Ausführung derselben.[1]

Wenn wir bei verschiedenen Systemen der Gütertheilung der zweiten Phase keine gemeinsamen Merkmale auffinden könnten, so wäre es schon an sich nicht ohne Nutzen zu betonen, dass unter der Caesur jedenfalls oft viele Principien herrschen, welche von denen über der Caesur grundverschieden sind. Man soll nicht vergessen, dass man nur ein Stück der Gütertheilung, nur eine Vorstufe derselben sieht, wenn man über der Caesur seine Beobachtungen ausführt. Dort lernt man weder den Menschen, noch seine Interessen und Motive (welche unter der Caesur stecken), noch das Resultat der Vertheilung kennen. Wenn man dies doch durch die Beobachtungen über der Caesur erreicht zu haben vermeinte, so geschah dies auf die eigenthümliche Weise, dass man in der Phantasie Namen und Nummern in Marionetten verwandelte,

berechnete Bedeutung hat die Rechtsregel, welche dieses Princip durch die Pflicht des Ehemannes, seiner Frau und seinen Kindern standesmässigen Unterhalt zu gewähren, sanktionirt.

1) Trotz dieser begrifflichen Scheidewand finden wir über der Caesur einige Erscheinungen, welche denen unter der Caesur sich nähern (z. B. societas), ohne ihre Eigenschaften vollständig zu erreichen, und ebenso unter der Caesur manche Erscheinungen, welche denen über der Caesur verwandt sind (sog. privatrechtliche jur. Personen). Je nach dem Ausgangspunkt können wir also zum Zweck der wissenschaftlichen Untersuchung die Scheidewand überspringen und neue Kombinationen aufstellen.

ihnen eine ebenfalls in der Phantasie geschaffene einheitliche Kraft (den reinen Egoismus) zuschrieb und dieselben durch diese Kraft sich bewegen, Güter produciren und verzehren liess. Was unter die Caesur fiel, betrachtete man als durch eine Marionette verzehrt. Was die von dem einseitigen Beobachter ignorirten Kräfte in die Güterniederlage und unter die Caesur ziehen, davon nimmt er an, dass es durch den Egoismus in den unersättlichen Magen einer Marionette gezogen wird. Wenn man dagegen die Erscheinungen unter der Caesur würdigen wollte, würde man seine Illusion nach zahlreichen Richtungen bemerken und die falschen Egoismuskonstruktionen aufgeben. Unter Anderem würde man bei der Betrachtung des inneren Lebens in den Menschenhäusern sogleich bemerken, dass im Falle der Beseitigung der Liebe (als einer mit wachsender Intensität wirkenden Kraft oder der Anschauungen, Instinkte, Institutionen u. s. w., welche sich zwar von der Liebe als der wirkenden Kraft unabhängig gemacht haben, in Wahrheit aber nur feste, krystallisirte Produkte der langen Einwirkung der Liebe darstellen) das ganze Gebäude momentan zusammenbrechen müsste. Ja, man würde vielleicht bei aufmerksamer Analyse des ganzen Baues zu dem Schlusse kommen, dass alle festen Fundamente und Stützen eigentlich nichts anderes sind als unter der langsamen Wirkung der Liebe und Vernunft (genauer: der Liebe, welche, von anderer Seite betrachtet, Vernunft ist, oder der Vernunft, welche Liebe ist) zu Stande gekommene Krystallisationen. Freilich könnte man unter Umständen über den Bau und die Bewegung der Kultur dadurch getäuscht werden, dass man in gewissen Zeiten und Gebieten den Egoismus als eine mit grosser Wucht und Lärm wirkende Kraft sich hervorthun sieht. Ja, man könnte beobachten, dass manche wankenden Rüstungen durch Egoismus im Gleichgewicht gehalten werden und dass die Menschen sich von Zeit zu Zeit für den Egoismus und seine Macht im Stillen oder sogar offen begeistern und ihn verherrlichen. Wenn man aber seine Beobachtungen nicht auf einen Augenblick und auf einzelne noch unfertige Theile des Baues beschränkt, sondern der Entwickelung des Ganzen eine lange Zeit zusieht, so wird man zwei höchst eigenthümliche Erscheinungen bemerken. Die erste besteht darin, dass die Liebe und der Egoismus als wirkende Kräfte in einer gewissen Reihenfolge fluktuiren und ein streitiges Gebiet behaupten, dass aber mit der Zeit dieses streitige Gebiet sich zu Gunsten der ersten Kraft allmählich verringert. Die zweite noch wichtigere Beobachtung besteht darin,

dass jede Kampfperiode eine Erweiterung und Festigung des ganzen Baues durch neue Krystallisationsprodukte der Liebe hinterlässt, und dass die einmal ausgeführten Krystallisationen durch den neuen Anlauf der feindlichen Kraft nicht mehr aufgelöst werden können. Auf diese Weise verwandeln sich auch die erwähnten wankenden, durch den Egoismus im Gleichgewicht gehaltenen Theile in feste Fundamente und Pfeiler der Liebe und Vernunft und können nur durch diese höhere Kraft weiter modificirt, entwickelt und verschönert werden.

Im Obigen wollten wir kurz andeuten, dass man ohne den Begriff der „Gütervertheilung“ das Wesen des „Objektes“, des „Subjektes“, des „Rechtsgeschäftes“, dieser Grundbegriffe des Civilrechtes nicht erkennen kann. Wenn man den Begriff (nicht das Wort!) Gütervertheilung gewürdigt hätte, so wären auch manche irrige Anschauungen über den Zweck und die Bedeutung des Civilrechtes im Gegensatz zum öffentlichen Rechte (und schädliche Konsequenzen dieser Irrthümer) von vornherein unmöglich gemacht. So würde man dem Civilrecht nicht den Zweck zuschreiben, für einzelne Individuen besondere Willens-, Macht-, Freiheitssphären oder dgl. zu schaffen. Desgleichen würde man den Zweck des Privatrechtes nicht im Schutz der Privatinteressen erblicken können. Diese und ähnliche Theorien sind *begrifflich* falsch. Der Volksreichthum ist begrifflich keine Privatsache. Die Vertheilung des Volksreichthums ist begrifflich eine „öffentliche“ Institution. Ebenso klar (wie vom begrifflichen Standpunkte) ist der Irrthum der obigen Theorien vom faktisch-historischen Standpunkt aus. Es genügt, sich die Intensität der öffentlichen Bedeutung einiger civilrechtlicher Grundsätze zu vergegenwärtigen, um einzusehen, welch ein gewaltiger thatsächlicher Irrthum in den obigen Theorien steckt. „Die Ersetzung des Satzes: die Früchte des Kapitals gehören dem Kapitalberechtigten (ius soli) durch den Satz: die Früchte gehören demjenigen, welcher durch seine Arbeit das Kapital nutzbar macht (ius culturae et curae) würde z. B. eine viel radikalere Veränderung des Sociallebens herbeiführen, als die Aenderung der Regierungsform, z. B. die Umwandlung einer Monarchie in eine Republik oder umgekehrt“ (oben Bd. I S. 328). Aehnliche gewaltige Umwälzung würde z. B. die Gründung des Institutes der specificatio

auf das Arbeitsprincip herbeiführen. In Wirklichkeit ist dasjenige Recht, welches man für ein eminent öffentliches Recht hält, die sog. Grundgesetze, die Verfassung, nicht von so intensiver öffentlicher Bedeutung wie das Civilrecht. Die wahren Grundgesetze sind im Civilrechte enthalten. Man bemerkt dies nicht, weil diese Fundamente sehr tief liegen. Wenn aber einmal diese Fundamente zu wanken anfangen, dann wird man einsehen, dass mit den höheren Theilen des Thurmes, welche man für Fundamente hielt, das geschehen kann, was mit einem Kartenhaus geschieht, wenn man den Tisch, auf welchem das Haus steht, rüttelt. Eine eigenthümliche Illusion! Man hält die Spitze des Thurmes für sein Fundament. Von manchen „Grundgesetzen" der Verfassung kann man wirklich sagen, dass sie Privatsache sind, dass sie Interessen von mehr oder weniger zahlreichen Individuen als solchen schützen, ohne die Gesammtheit als solche direkt zu berühren. Vom Civilrecht kann man nur dann so etwas behaupten, wenn man eben unter dem Bann der obigen (psychologisch übrigens sehr natürlichen und erklärlichen) Illusion steht. [1]

1) Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, ist hier zu bemerken: Es ist kaum von Jemandem gänzlich verkannt worden, dass das Wohl der einzelnen Individuen für das Wohl der Gesammtheit von der grössten Bedeutung ist. Desgleichen konnte man nicht ausser Acht lassen, dass der Staat und andere öffentliche Institutionen als Civilrechtssubjekte auftreten und in gewissen Gebieten den gleichen Normen unterworfen sind, wie Privatpersonen (was auch für das römische Recht richtig ist, obgleich der römische Fiskus gewisse Privilegien genoss [auch die Minderjährigen genossen manche Privilegien] und das Gebiet, in welchem der röm. Staat dem Privatrechte unterworfen war, nicht in allen Punkten mit dem gegenwärtigen Privatrechtsgebiet identisch ist. Zum Theil ist jetzt dieses Gebiet enger, zum Theil breiter geworden. Ebenso sind z. B. manche Verhältnisse der Arbeiter jetzt durch das Administrativrecht geordnet, während sie früher dem Civilrecht unterworfen waren. Solche Verschiebungen berühren natürlich die uns interessirenden principiellen Fragen nicht). Endlich hat man hervorgehoben, dass auch zum Schutz von Gemeininteressen Civilklagen einzelnen Individuen gewährt werden können. Diesen oder ähnlichen Erwägungen und Erscheinungen schreiben wir nun vom Standpunkte der im Texte vertretenen Auffassung aus keine Bedeutung zu. Im Gegentheil halten wir solche Zweifel gerade für einen besonders konsequenten und scharfen Ausdruck des Irrthums über das Wesen des Civilrechtes. Jedenfalls hat man vollkommen korrekt gehandelt, wenn man wegen dieser Erscheinungen das bekämpfte Princip nicht aufgab. Sonst müsste man auf allgemeine Charakteristik des Wesens einzelner Rechtszweige überhaupt verzichten. In diesem Sinne sind wir mit der Ausführung von Ihering (Geist des röm. Rechtes III § 61, 2. Aufl. S. 341) über die actiones populares vollkommen einverstanden (kein Princip: Idee des civilrechtlichen Schutzes allgemeiner Interessen, sondern ein Institut positiver Natur). Auch sein Verhalten zu juristischen Personen (eod.) halten wir von seinem principiellen Standpunkt aus für richtig. Nur die Methode der Beseitigung der Schwierigkeit (Verneinung der Existenz der juristischen Personen als Rechtssubjekte und Betrachtung der einzelnen Mitglieder als der

Die unrichtige Anschauung über das Wesen des Civilrechtes macht auch das Wesen und die Bedeutung einzelner Rechtsinstitute zum Räthsel. Wir brauchen hier keine Beispiele anzuführen; es genügt auf den ganzen Inhalt der obigen Ausführungen (der „Fruchtvertheilung" und der „Lehre vom Einkommen") zu verweisen.

Mit dem bekämpften Irrthum hängt auch zum grossen Theil die Bedeutung zusammen, welche man dem Begriffe des „Schutzes" zuschreibt. Ueberall hört man dieses Wort oder seine Verbindungen „schutzwürdiges Interesse" oder dgl. Dies ist ein Schlagwort, welches an sich gefällt, weil es sehr modern ist, und welches Alles aufklärt und für jede einzelne Frage als Massstab dient. Man gewinnt den Eindruck, als ob wir nicht mit civilisirten Menschen, sondern mit Raubthieren zu thun hätten. Ueberall Gefahren und Angriffe, so dass man an keine positive Aufgabe denken kann, sondern nur an den Schutz. Die Organisation der Gütervertheilung ist aber eine eminent positive Aufgabe, welche keineswegs entbehrlich würde, wenn alle Menschen die Gesinnung der Engel erlangten und für das Wohl der Mitmenschen auf die ideellste Weise sorgten. Dann würden diese Menschen eine erst recht eingehende sittlich und ästhetisch vollkommene Organisation der Produktion, Vertheilung und Konsumption der Güter schaffen. Der Zwang und Schutz ist für den Begriff des Rechtes unwesentlich. Sie bilden nur ein malum, welches vorübergehend, nicht aber immer als ein malum necessarium erscheint. Sie bezeugen nur, dass wir noch kein vollkommenes Recht besitzen, oder dass ein solches vorläufig noch unerreichbar erscheint.

Wer nicht jede Hoffnung aufgegeben hat, der kann sich das Recht ohne Zwang und Schutz vorstellen, ja, wenn er auf die ver-

wahren Subjekte) wäre richtiger durch eine andere zu ersetzen: Die Gleichstellung der jur. Personen als Vermögenssubjekte mit den Individuen im Civilrecht geschieht zu praktischen Zwecken unwesentlicher Natur (eine andere Behandlung würde ihnen den Verkehr mit Privatpersonen erschweren), in dieser Gleichstellung äussert sich keineswegs das Wesen und der Zweck des Civilrechtes als solchen. In der That würde die Sonderstellung der juristischen Personen keineswegs das Wesen des Civilrechtes berühren.

Auch die Wahrnehmung, dass der Staat manche Privatrechte (z. B. das Eigenthum an ländlichen Grundstücken und Häusern) im Interesse der Gesammtheit beschränkt, oder die politische Tendenz, solche Beschränkungen zu erweitern oder zu mindern, und die damit zusammenhängenden Theorien berühren unsere grundsätzliche Frage nicht. Wir könnten ohne Widerspruch mit unserer Auffassung für die höchste mögliche Freiheit aller Arten des Eigenthums oder dgl. eintreten.

flossene Geschichte zurückblickt, so zieht er daraus den logischen Schluss, dass das Recht ohne Zwang eine schon vorhandene, aber noch zum Theil nicht befreite Potenz ist, und zwar dass der grösste Theil davon sich schon offenbart hat. Dagegen geräth die menschliche Vernunft in Widerspruch mit sich selbst und mit Allem, was sie sieht, wenn sie glaubt, dass sie ein Recht, welches sich nur auf negative Wirkung, den Schutz der Interessen, beschränkt, logisch fassen kann. Dies wäre ein schwarzer Vogel, welcher weiss sein soll — eine contradictio in adjecto.

Wenn wir die Theorie betrachten, wonach das Recht nur die Aufgabe hat, dem Spiele der Interessen zuzusehen, und nur als ein unparteiischer Dritter gegen die etwaigen Ausschreitungen und Verletzungen seinen Schutz zu gewähren, und wenn wir von der Frage nach der Qualität der Wirkungen und Tendenzen dieser Theorie abstrahiren, so ist von ihr zu sagen, dass sie nicht nur thatsächlich nicht verwirklicht werden kann, sondern selbst in der Welt der Begriffe undenkbar ist. Anders müssten wir annehmen, dass diese Theorie die wunderbare Kraft besässe, den ursächlichen Zusammenhang der Welterscheinungen in gewissem Gebiete oder in gewisser Hinsicht zu sistiren. Wenn wir das höchste mögliche Ideal des laisser faire im Rechte erreicht hätten, so würde ein solches Recht begrifflich unmöglich als ein unparteiischer Beschützer der selbständig entstehenden und wirkenden Interessen betrachtet werden können. Im Gegentheil würde es dann eine erst recht grossartige positive Wirkung äussern, indem es neue Interessen massenhaft erzeugen, manche von den vorhandenen bis zur grössten Intensität steigern, andere ersticken, ebenso die vorhandenen wie die neu geschaffenen Interessen in eigenthümliche Bahnen lenken, die menschliche Natur, die Technik, die Wissenschaft, die Aesthetik, die Sitte etc. etc. mit gewaltiger Kraft specificiren und ihnen neue Gestalt verleihen würde. Kein Recht kann sich auf den Schutz beschränken, jedes erzeugt neue wesentlich positive Produkte, und darin, nicht aber im Schutz, liegt das Wesen des Rechtes; es kann sich nur um verschiedene Methoden der Produktion handeln.

Was ferner die Theorie anbetrifft, welche das Wesen des Civilrechtes in der Schaffung besonderer Rechtssphären für Privatpersonen erblickt, so ist sie mindestens logisch nicht perplex. Hier schützt das Recht nicht nur, es schafft auch Etwas. Von unserem Standpunkt aus enthält aber diese Theorie einen ähnlichen Fehler, als wenn Jemand die Bedeutung einer Maschine in der ungehinderten

Bewegung einzelner Rädchen erblickte. Diese Theorie übersieht übrigens nicht nur das Ganze, sondern auch die wichtigsten einzelnen Theile der Maschine; sie sieht die Rädchen und ihre Bewegung, bemerkt aber nicht, dass die Rädchen unter einander mit Banden verknüpft werden, ohne welche der Stillstand eintreten müsste (z. B. das Vertragsrecht). Für diese Theorie existirt keine Dynamik der Gütervertheilung.[1]

---

1) Dass nach dem oben Gesagten das Wesen des Civilrechtes nicht der Art des Schutzes (Privatklage im Wege des Civilprozesses, Initiative des Berechtigten, „Selbstschutz des Interesses“ nach dem trefflichen Schlagwort von Ihering, Geist des röm. R. III. § 61) entnommen werden kann, brauchen wir wohl kaum hervorzuheben. Im Unwesentlichen ist das Wesentliche nicht vorhanden, das Wesen der Gesundheit steckt nicht in der Krankheit. Im Allgemeinen vermag uns keine von den aufgestellten Definitionen des Civilrechtes zu befriedigen. Neue Versuche, welche wir in dieser Richtung gemacht haben, haben sich bei näherer Prüfung als so unzulänglich erwiesen, dass dieselben hier keine Mittheilung noch Selbstkritik verdienen. Was man Besseres als bisher in der Zukunft vorschlagen wird, bleibt eben der Zukunft vorbehalten. Es ist nach unserer Meinung richtiger, die Nothlage unserer Wissenschaft anzuerkennen und sich mit opportunistischen Mitteln zu behelfen, als durch vermeintliche principielle Lösungen den ganzen Inhalt der Wissenschaft zu verzerren und zu verdunkeln. Als die beste von solchen opportunistischen Lösungen betrachten wir die Hervorhebung der einzelnen Bestandtheile des Civilrechtes und ihres Inhaltes. (Was die Civilpolitik anbetrifft, so möchten wir das Gebiet derselben auf die Vertheilung der ökonomischen Güter nach den oben B. I. S. 327 sub 2 angegebenen Principien beschränken). Die Hervorhebung des Satzes: „soweit der Civilprozess offen steht, handelt es sich um Privatrechte“ (Dernburg, Pand. I. § 21) halten wir für nützlich, wenn man nur dem Satze keine grössere Bedeutung, als die eines „praktischen“, „empirischen“ Kriteriums zuschreibt (was auch Dernburg a. a. O. hervorhebt). Hier liegt vielleicht die Ursache, warum die Versuche, das gemeinsame Wesen des Civilrechtes zu finden, gescheitert sind. Das Civilrecht verdankt die Begrenzung seines Gebietes rein äusserlichen, formalen, zufälligen Erscheinungen. *Der Civilprozess hat in das Civilrecht principiell verschiedenartige, heterogene Sätze zusammengeworfen.* Wenn dies richtig ist, dann ist die oben besprochene Aufgabe principiell unlösbar, und die Versuche in dieser Richtung müssen ihrer Natur nach nur auf Abwege führen. Diese Ausführungen richten sich selbstverständlich nicht gegen die principielle Behandlung folgender Fragen:

A) Nach welchen Grundsätzen ist zu entscheiden, ob ein Verhältniss der Gütervertheilung den Regeln des Civilrechtes (Eigenthum, Vertragsfreiheit etc.) oder denen des Staatsrechtes zu unterwerfen ist. Die richtige Abgrenzung des Civilrechtes in diesem Sinne wird zu den wichtigsten und fruchtbarsten Aufgaben der Civilpolitik gehören. Diese Aufgabe wird die Civilpolitik im Einverständniss mit anderen Gebieten der Politik zu lösen suchen, ohne eifersüchtig und rechthaberisch gegen die Schmälerung ihrer „Rechtssphäre“ aufzutreten, ohne aber, andererseits, übereilten Verschiebungen ihre Sanktion zu ertheilen. Wenn sie einmal zur Ueberzeugung kommen sollte, dass sie der Liebe und Kultur ihr Leben opfern muss, wird sie das mit der höchsten Freude thun. Ihr Tod würde aber nur das Opfer ihrer äusseren Hülle bedeuten; denn ihre Seele ist unsterblich und wird ewig in dem Guten, was sie geschaffen, fortleben.

B) Die zweite in gewissen Hinsichten verwandte, aber nicht identische Frage ist die, nach welchen Principien zu bestimmen ist, welches Verfahren im

Die Betrachtung des Vermögensrechtes als der Ordnung der Gütervertheilung ist nur eine methodologische Vorstufe zur Auf-

---

Falle der Verletzung oder der Streitigkeit eines Anspruches (welche Art des Rechtsschutzes) für diesen oder jenen Rechtssatz zu wählen ist. Diese Fragen gehören eigentlich in die noch nicht existirende, aber sicher zu erwartende selbständige Wissenschaft „Prozesspolitik" oder ihre für uns wichtigste Species: Civilprozesspolitik. Zum Theil wird die Civilpolitik auch beim Bestehen dieser Wissenschaft ihr Gutachten nicht vorenthalten dürfen. Jetzt ist jedenfalls die Civilpolitik verpflichtet, ihre Grenzen zeitweise zu übersteigen und die Kritik des geltenden Civilprozesses zu üben. Sie wird darthun, dass sie ohne eine gründliche Reform des bestehenden Civilprozesses ihre Aufgaben nicht richtig erfüllen kann, dass ihre besten Absichten an der abnormen Unvernunft des Civilprozesses scheitern, dass diese höchst spitzfindige, aber höchst untaugliche Maschine so funktionirt, als ob sie absichtlich zur Kreuzung der Pläne der Civilpolitik aufgestellt wäre. Wo eine schnelle Produktion nothwendig, dort wirkt diese Maschine langsam, wo die Nachsicht und Langsamkeit nöthig ist, dort wirkt diese Maschine grausam und schnell, überall verleitet sie zum leichtsinnigen ius suum derelinquere und zur unverschämten Ausbeutung dieser Erscheinung durch Schurken, sie kompromittirt das Recht, vergiftet das Rechtsbewusstsein, demoralisirt das Volk, empört den Loyalsten gegen die Rechtsordnung, übt den verderblichsten Einfluss auf die Gütervertheilung aus, indem sie die Güter grundlos dahin verschiebt, wo dieselben in Menge zugleich mit Unredlichkeit, Rücksichtslosigkeit, Egoismus vorhanden sind, und beraubt die weniger begüterten, weniger schlauen und erfahrenen Leute. — Was die Frage anbetrifft, wem die Initiative der Vertheidigung des Rechtes zu gewähren, den Privatpersonen oder den Staatsbeamten, so ist es eine zum Theil psychologische zum Theil technische Frage: 1) technische; z. B. es wäre unmöglich eine genügende Aufsicht durch Beamte herzustellen, physisch unmöglich oder zu kostspielig etc., hier können „geschichtliche Zufälligkeiten" mitwirken, z. B. Mängel des Verwaltungsapparats, daraus die actiones privatae poenales, actiones populares in Rom (Polizei, Staatsanwälte); bei dem gegenwärtigen Zustand des Civilprozesses wäre es nützlich, in manchen Gebieten (Wohnungen, Arbeitsverträge, Besitz, pignus tacitum etc.) den Civilprozess als ungenügend zu behandeln und eine anderweitige Hilfe zu gewähren; 2) psychologische: es fragt sich, ob die Initiative extensiv und intensiv in genügender Menge hier oder da vorhanden ist; wer ist der iustus contradictor? (kein iustus contradictor ist der Ehegatte bei gewissen nichtigen Ehen; er will garnicht als Kläger auftreten; kein genügend iustus contradictor ist der Bestohlene; hier ist eine mehr intensive Initiative nöthig; die Staatsanwaltschaft, die Polizei muss subsidiär hinzugezogen werden etc.). In der Geschichte (Mittelalter, Rom, zum Theil noch jetzt) ist es häufig vorgekommen, dass man bei technischen Mängeln des Verwaltungsapparats künstlich die Privatinitiative in's Leben rief (Privatstrafen, Denuntiationsprämie etc. vgl. oben). Dies sind Erscheinungen sehr trauriger Art (Freude über das fremde Verbrechen, künstliche Mittel zur Herbeiführung desselben, falsche Zeugnisse, Denuntiantenthum). Von diesem Standpunkte aus ist das auch sonst ethisch bedenkliche Institut der Busse und des Ersatzes des immateriellen Schadens im Entwurfe einer sorgfältigen Kritik zu unterwerfen.

Höchst gefährlich ist die Annahme einer genügenden Initiative, wo diese fehlt. Auf diesem Fehler beruht die ganze gegenwärtige Wucherpolitik und ihre Unzulänglichkeit. Sie macht einen wahrlich tragikomischen Eindruck. Es ist oft viel schwieriger (für einen Polizeibeamten etc.) die Person des Einbrechers, des Brandstifters, des Diebes, des Mörders zu finden, als [illegible]0 Wucherer in einer Stadt aufzudecken. Der Wucher kann seiner Natur nach nicht vollständig geheim gehalten werden (man muss Kunden haben). Wenn man in eine Stadt kommt, kann man in paar Tagen einige Wucherer finden, wenn man Geld nöthig hat. In gewissen Kreisen (Officiere, Studenten,

lösung des Civilrechtes in seine psychologisch-ethischen Elemente. Wenn die Civilpolitik auf jener Stufe verbleiben wollte, ohne höhere Geistesregionen zu erklimmen, könnte sie einem rohen, unvernünftigen Materialismus verfallen und der Menschheit ein gefährliches Gift anstatt einer gesunden Nahrung bereiten. Das Ideal einer solchen Civilpolitik würde voraussichtlich lauten: gerechte Vertheilung der ökonomischen Güter. Nun kommt aber der Streit darüber, welche Gütervertheilung gerecht ist. Wie verschieden sind die Meinungen in diesem Gebiete, wie spitzfindig werden sie oft „wissenschaftlich begründet". Es wird sehr eingehend und gründlich darüber gestritten, ob nur die Arbeit oder auch das Kapital produktiv sei. Dies ist eine ähnliche Frage, als wenn man zwei Stücke Holz an einander reibt und dann über die Frage grübelt, welchem Stück Holz die entstandene Wärme zuzuschreiben ist. Nach unserer Meinung sind Arbeit und Kapital gleich wenig produktiv, vorzugsweise produktiv ist vielmehr die Sonne. Die ökonomischen Güter sollten also der Sonne zufallen. Uebrigens ist vielleicht nicht die Sonne, sondern das menschliche Wissen als hauptsächlicher Produktionsfaktor zu betrachten u. s. w. Was für eigenthümliche Spitzfindigkeiten in unserem Gebiete herrschen, davon kann man sich genügend überzeugen, wenn man die Literatur über den Unternehmergewinn überblickt (vgl. oben § 35). Wie viele Theorien sind zum Nachweiss der Gerechtigkeit dieses in Wirklichkeit gar nicht vorhandenen besonderen Einkommenszweiges aufgestellt worden! Wie gründlich und eingehend ist andererseits „wissenschaftlich nachgewiesen" worden, dass die Unternehmer sich mit dem Raub beschäftigen! Es ist schwer zu entscheiden, ob

---

Bauern, Künstler, Handwerker) kann man fast immer manche interessante Einzelnheiten über notorische in diesen und anderen Kreisen thätige Wucherer erfahren. Manche Wucherer sind der ganzen Stadt bekannt. Dass den Polizeibeamten viele Wucherer bekannt sind und alle oder fast alle bekannt werden könnten, ist zweifellos. Was geschieht nun? Nichts! Das ist unbegreiflich, aber wahr. Es wird dafür gesorgt, dass durch die Unthätigkeit des Staates mit seinem Beamtenapparat und durch die Vortheilhaftigkeit und Leichtigkeit des Wuchergewerbes möglichst viele Leute dazu verleitet werden, Wucherer zu werden. Nachher, wenn durch einen Zufall ein Wucherprozess entsteht, werden die verleiteten Opfer für alle ihre Kollegen hart bestraft. Diese zufällig entdeckten Wucherer sind bedauernswerthe Opfer des Zufalls und der verkehrten Politik. *Wenn die Staatsbeamten ebenso eifrig für die Entdeckung und Verfolgung des Wuchers, wie des Diebstahls, des Raubes etc. sorgten, so wäre die Sachlage ganz anders. Und der Staat kann dies sehr leicht erreichen. Das richtige Programm der Wucherpolitik ist: Minderung der Strafen, Schaffung der genügend intensiven Verfolgungsinitiative beim kompetenten Beamtenpersonal.*

man zu Ehren der Unternehmer einen Huldigungszug veranstalten, oder dieselben ins Gefängniss abführen soll.

Es giebt viele solche theoretische Ausgangspunkte für den Nachweis der Gerechtigkeit und zugleich der Ungerechtigkeit (natürlich durch verschiedene Gelehrten) einer Ordnung der Güterverteilung. Besonders hervorzuheben ist nur noch die Theorie, wonach die Gerechtigkeit von selbst durch den Tauschverkehr, durch die freie Konkurrenz verwirklicht wird. Diese stellt erfahrungsmässig fest, was jeder Leistung als Gegenleistung gebührt, damit Niemand verkürzt wird. Jeder bekommt das Aequivalent dessen, was er auf den Lebensmarkt bringt; dieser Markt ist der gerechte Richter. Eine andere ebenso sichere Gerechtigkeit ist undenkbar. Der Staat soll nur für die Entfaltung der freien Konkurrenz sorgen und nur die Ausnahmeerscheinungen des Verkehrs, in welchem die Idee der freien Konkurrenz sich in Wahrheit nicht verwirklicht (z. B. Wucher), zu beseitigen suchen. Andere betrachten diese Gestaltung als höchst ungerecht und jene Theorie als naiv, da sie übersieht, dass dasjenige, was sie nur für auffallende Fälle der Ausschreitung des Egoismus im Verkehr annimmt, überall im Gebiete des Tauschverkehrs gilt. Diese Theorie kann ihrerseits als naiv durch eine andere beseitigt werden, welche die Macht und Gewalt als Quelle alles Rechtes und jeder Gerechtigkeit betrachtet. Wie kann man die Erscheinung, dass die Leistung und Gegenleistung im Verkehr durch die Machtstellung der Parteien bestimmt wird, als ungerecht betrachten, wenn die Gewalt und Macht einerseits und das Recht und die Gerechtigkeit andererseits keine gegensätzliche, sondern vielmehr adäquate Erscheinungen sind!

Es würde uns zu weit führen, wenn wir alle möglichen Theorien dieser Art anführen oder sogar kritisiren wollten. Dies ist für uns auch nicht nöthig. Wir haben oben (Bd. I S. 340) bei der Aufstellung des Ideals der Civilpolitik weder den Begriff „Gerechtigkeit", noch den Begriff „ökonomisches Gut" erwähnt. Wer nach einem unwandelbaren Lichte sucht und in der Gerechtigkeit ein solches zu erblicken glaubt, der gleicht einem Wanderer, welcher die Richtung der Himmelsgegend nicht nach der Sonne, sondern theils nach der Laterne, welche er selbst anzündet und trägt, theils nach den von ihm erblickten Irrlichtern unterscheiden will. Die Sonne ist kein unwandelbares Licht, obgleich sie die Laterne überflüssig macht. Die Civilpolitik hat aber ein unwandelbares Licht, welchem sie, durch die Gerechtigkeit unbeirrt, folgen

kann. Dies ist die Liebe. Die Liebe besteht aber nicht im Genuss von ökonomischen Gütern, nicht in dieser oder jener Vertheilung derselben. Die Liebe ist die Vollkommenheit, die höchste Schönheit der Seele. Wenn also die Civilpolitik ihre Augen auf das unwandelbare Licht, welchem sie folgt, wirft, so hat sie nichts Materielles vor sich, sondern nur die Seele und ihre Schönheit. Alles Andere ist Stückwerk, eine wandelbare und vergängliche Hülle. Wenn die Liebe erst da ist, so wird sie jedem menschlichen Werk ihre Schönheit verleihen; Alles, was wir ohne die Liebe ersinnen, nützt nichts. [1]

Wenn die Civilpolitik einem hohen Ideal folgt, so bedeutet dies nicht, dass sie optimistisch ist. Wenn man seinen Blick auf die gegenwärtige Welt richtet, bemerkt man viel Elend, welches die Seele vergiftet und sie ihrer Schönheit beraubt. Besonders das öffentliche Leben scheint eine Schule des Hasses und des Egoismus zu sein. Man hetzt einen Staat gegen den anderen, eine Religion gegen die andere, eine Race gegen die andere, eine Nation gegen die andere, eine Partei gegen die andere. Oft geschieht es ganz schamlos, ganz cynisch, mitunter hypokritisch, unter dem Vorwand einer Idee. Aber auch hier handelt es sich im Grunde um Habgier und das Recht des Stärkeren. Die grosse Masse sieht zu und lernt. Wo die Liebe nicht vorhanden ist, dort hört auch die Vernunft auf. Diejenigen, welche als Freunde einer Menschenklasse, sei es einer Nationalität, sei es einer politischen Partei, sei es eines Staates, öffentlich auftreten, sorgen in Wahrheit dafür, dass diese Menschenklasse der ideellen Gefühle beraubt wird, dass ihre moralische Gesundheit verdorben wird, dass in ihre Reihen Korruption tritt. Man ist blind und sieht nicht, dass man die Massen zum Mord und Selbstmord führt. Nicht nur ein Materialismus, sondern ein blinder Materialismus!

Die Liebe wird aber niemals durch die Verzweiflung, sondern immer durch die Hoffnung begleitet. Das dem Hasse und der Vernunft Entstammende isolirt und vernichtet sich selbst. Liebe und Vernunft erzeugen überall Mitwirkung, beleben und schaffen von Neuem Liebe und Vernunft. Das Gebiet der Civilpolitik an sich ist aber kein geringes und kein undankbares Feld. Es ist ein sehr fruchtbares Feld, welches nur ohne die richtige Pflege ge-

1) Vergl. die schönen Ausführungen von Dernburg, Phantasie im Recht, insbes. S. 9.

blieben und darum mit Unkraut bedeckt ist. Vieles Unkraut ist solcher Art, dass es sogleich ausgerottet wird, wenn man nur seine Natur erkennt. Keine Partei wird dasselbe vertheidigen. Jede beseitigte böse Versuchung, jede verstopfte Quelle der Korruption der Seele bedeutet aber eine unvergängliche Errungenschaft. Wenn die Civilpolitik sich darauf beschränkte, solches Unkraut auszurotten, welches von Allen als Unkraut schon jetzt leicht erkannt werden kann, so wäre ihre Aufgabe hoch genug, um derselben mit Freude das Leben zu widmen. Die Civilpolitik beschränkt sich aber nicht auf eine solche negative Reinigungsarbeit. Sie hat den ganzen Mechanismus der Gütervertheilung vor Augen und zwar betrachtet sie dann denselben nicht einseitig und isolirt, sondern als einen Theil des grossen Kulturmechanismus. Sonst könnte sie die Natur der Kräfte, welche den Civilrechtsmechanismus in Bewegung setzen, und den Werth der durch diese Bewegung erzielten festen Ablagerungen gar nicht oder nur falsch und einseitig verstehen. In dieser Richtung ist eine sorgfältige Abrechnung und Auseinandersetzung mit der Vergangenheit, der Gegenwart und der Zukunft zu machen. Wie und in welcher Richtung hat die Vergangenheit die menschliche Seele specificirt, in welchem Zustande befindet sich diese jetzt, was haben wir als werthvoll, was als schädlich, was als eine dauernde Errungenschaft zu betrachten, wie liegen die festen Fundamente nunmehr und wie ist darauf weiter zu bauen? Die Materie erfordert die grösste Aufmerksamkeit und Vorsicht. Die Rechnungsfehler (zu viel oder zu wenig) bringen die grössten Gefahren mit sich. Wenn wir die Festigkeit und die Güte der Fundamente zu gering veranschlagen, so werden wir nutzlos viel Zeit und Kraft verlieren und den Fortschritt des Baues hemmen. Wenn wir einen entgegengesetzten Fehler begehen, so laufen wir Gefahr, dass die neu aufgeführten Theile des Baues einstürzen und die Fundamente verschüttet werden.

Zur Ausführung dieser fundamentalen und entscheidenden Aufgabe gehören auch die Einzelbetrachtungen über einzelne Institute und Sätze des Civilrechtes und die Werthschätzung ihrer Bedeutung. Auch diese Theilaufgaben sind an sich sehr wichtig und interessant. Das Gebiet ist sehr umfangreich und die Aufgabe komplicirt. Hier können nur zur Veranschaulichung des Gedankens einige Beispiele angedeutet werden. a) Während vieler Jahrhunderte arbeitet das Institut des Besitzes für die Reinigung der menschlichen Seele von groben und schädlichen Instinkten;

dieses Institut erzeugt allmählich, aber in seinem Wirkungskreise unwiderstehlich eine instinktive Abneigung gegen die gewaltsame Antastung der fremden Willens- und Wirthschaftssphäre (vi), gegen heimliche und versteckte Manipulationen (clam), gegen Lüge und Vertrauensbruch (precario). Das Institut ist allen Gebieten des menschlichen Lebens zu Gute gekommen, denn die rohen und der Liebe widersprechenden Instinkte, welche das Institut des Besitzes in seinem Gebiete ausrottet, sind überall verderblich. Andererseits hat das Institut des Besitzes seine Reinigungsfunktion nicht isolirt, sondern unter Mitwirkung vieler anderer Faktoren der Kultur erfüllt. Es hat selbst sein Dasein der unbewussten Wirkung anderer Kulturfaktoren zu verdanken (nicht aber etwa seinem Zweck); ebenso setzen die Entstehung wie die sachgemässe Wirkung dieses Institutes eine gewisse Kultur der menschlichen Natur voraus (hier, nicht aber etwa in den Einrichtungen des Vindikationsprozesses ist der Ausgangspunkt der Besitzgeschichte zu suchen). Das Wachsen und die Veränderungen des Institutes entsprechen der durch es selbst und andere Faktoren erreichten Veredelung der Instinkte. Die specielle Besitzpolitik antwortet auf die Frage, wie das Institut bei dem gegenwärtigen Kulturzustand einzurichten ist, damit seine ethische Wirkung extensiv und intensiv möglichst vollständig ohne etwaige negative Rückwirkungen ausgenutzt werden kann. b) Auf eine andere Weise wirken die Regeln über den Ersatz der imp. necessariae. Sie weisen die Tendenz auf, den national-ökonomisch und ethisch wohlthätigen Instinkten und Erwägungen freien Lauf zu gewähren, indem sie den Boden für Bedenken egoistischer Natur (Furcht vor dem Nachteil) entziehen. Das Recht, welches gegen das Princip verstösst (wie z. B. das des Entwurfes), hat daher eine positiv demoralisirende Bedeutung. — Die Regeln über den Nichtersatz der nicht nothwendigen Verwendungen (utiles, voluptuariae) beseitigen Motive für eigennützige Ausbeutung und Unterdrückung des Nächsten, lehren den Menschen bei der Besorgung fremder Interessen sparsam und umsichtig vorzugehen. Die Regeln des Entwurfes führen eine entgegengesetzte Wirkung herbei, indem sie die leichtsinnige, verschwenderische oder eigennützige Handlungsweise auf Kosten der Gegenpartei ermöglichen. c) Die Regeln über die mora creditoris lehren die Gläubiger, Störungen des Wirthschaftsplanes des Schuldners durch leichtsinnige Angabe des Ortes oder der Zeit der Erfüllung oder durch leichtsinnige oder böswillige Verweigerung der Annahme zu vermeiden. Andererseits

sorgen diese Regeln dafür, dass der Schuldner nicht durch die Möglichkeit der Erlangung von Vortheilen aus der mora creditoris demoralisirt wird (Freude über fremden Leichtsinn, Manipulationen zur Herbeiführung der mora; diese bedenkliche demoralisirende Wirkung ist z. B. dem § 255 E. II eigen, welcher dem Schuldner auf den Fall der mora creditoris positive Vortheile verspricht: umlaufendes Kapital umsonst).[1] d) Wir erinnern an die sittliche Bedeutung des richtigen Begriffes der Frucht, der Errungenschaft, der fr. percipiendi, des ganzen Institutes der Fruchtprästationen, der Theilung der Dotalfrüchte in Rom etc. etc.

Natürlich ist die Anwendung der obigen Methode auf die Beurtheilung des Vermögensrechtes als Ganzes viel schwieriger als bei einzelnen Instituten und Sätzen. Es wäre selbstverständlich unmöglich, in diesem Zusammenhang den Einfluss dieses Rechtsgebietes als eines Ganzen auf das Verhalten der Menschen und somit die Richtungen, nach welchen die menschliche Seele durch das geltende System der Gütervertheilung specificirt wird, auch in den gröbsten Umrissen zu erkennen und zu schildern. Welch ungeheure Fülle der in Bewegung gesetzten egoistischen, altruistischen und anderweitigen Kräfte, welch ungeheure indirekte Einwirkung auf die Produktion, Vertheilung, Konsumption der Güter, auf Entwickelung der Technik, der Wissenschaft, der Philosophie, der Aesthetik, wie grossartig wiederum die Rückwirkung dieser Erfolge auf die Veredelung der menschlichen Seele einerseits (z. B. wissenschaftliche Errungenschaften, welche für die gehörige Einrichtung der Schule nothwendig sind, Poesie, Musik . . .), auf die Entwickelung bedenklicher sittlicher Triebe und Erscheinungen andererseits (Proletariat, Prostitution, Verbrecherthum, Neid, Hass, Habgier, bedenkliche Erscheinungen der öffentlichen Politik, der vielfach hervortretende seichte Materialismus in der Philosophie und in der Ethik, Nervosität etc. etc.)! Welche Fülle, andererseits, von dauernd errungenen Principien von der grössten Tragweite (ein Minimum der Achtung, des Wohlwollens für den Menschen als solchen, dauernde Ueberwindung der Sklaverei im engeren Sinne, der absoluten Unterwerfung der Frau und Kinder dem Egoismus und der Gewalt des Hausherrn, ein gewisses Minimum

1) „Bei einer verzinslichen Geldschuld ist der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers zur Zahlung von Zinsen nicht verpflichtet.“
Die demoralisirende Wirkung dieser Bestimmung ist durch die Aufstellung des Erfordernisses des Nichtgebrauchs zu beseitigen (depositio).

der Humanität im Kriege und im Staate, ein festes Minimum der religiösen und nationalen Toleranz, der Freiheit der Wissenschaft und der persönlichen Ueberzeugung etc. etc.).

Wenn man an solche und ähnliche Erscheinungen denkt, muss man den Muth derjenigen bewundern, welche den ganzen Mechanismus in seiner geschichtlichen Wirkung in Bausch und Bogen verdammen (die entschiedensten Feinde sollten vielmehr die grösste Dankbarkeit empfinden, wenn sie erwägen, dass sie durch ihre Pläne geradezu behaupten: der abzuändernde Mechanismus der Socialordnung habe den Menschen so specificirt, dass wir schon ein brauchbares Material für eine auf ideelleren Charakterseiten beruhende Gütervertheilung besitzen[1]), oder welche das Ganze vom Standpunkt irgend welches Princips in allen Theilen verherrlichen, darin das Wesen der ökonomischen Ordnung oder der Kultur selbst (bei juristischer Betrachtung das Wesen des Rechtes) erblicken, oder welche den ganzen ökonomischen Mechanismus (oder das System des Civilrechtes) aus der Wirkung irgend welcher einzelnen Triebe der Menschennatur sich entwickeln lassen, oder welche das ganze Element des Unbewussten, der von Niemandem geahnten Wirkungen, der Rück- und Nebenwirkungen dieser Wirkungen etc. streichen und irgend Jemandem, sei es dem Individuum, sei es der Gesammtheit, sei es dem Gesetzgeber als dem Träger des Gesammtwillens imputiren, dass er Alles mit Absicht und Bewusstsein (teleologisch) durchgesetzt habe,[2] oder welche behaupten (ohne die durch die Geschichte und durch die Vergleichung verschiedener gegenwärtiger Völker offenbarte grossartige Entwickelungsfähigkeit und Empfindlichkeit der menschlichen Seele zu würdigen), dass die Menschheit über eine gewisse, von ihnen selbst mitunter als an sich sehr unvollkommen anerkannte ökonomische oder rechtliche Ordnung nicht hinausgehen könne, oder welche Alles durch die Entwickelung der wirthschaftlichen Technik und ihrer Folgen erklären wollen.[3]

1) Man denke an den Charakter einer afrikanischen halbwilden Völkerschaft, als die Grundlage für einen Zukunftsstaat; solchen volkswirthschaftlichen Beamten müsste man Aufseher mit der Peitsche zur Seite stellen und diesen Aufsehern wiederum weitere Aufseher.

2) Der Kampf gegen die Ansicht über das willkürliche Machen des Rechtes seitens des Gesetzgebers bildet eines der wichtigsten Verdienste der historischen Rechtsschule.

3) Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, möchten wir hier ausdrücklich hervorheben, dass die obigen Bemerkungen des Textes, sowie andere in polemischer Tonart vorgetragene Ausführungen des Anhanges sich

Zur Aufklärung der Bedeutung des Civilrechtes in der Vergangenheit und Gegenwart wird die Rechtsgeschichte sichere Grundlagen liefern, aber nur dann, wenn diese Wissenschaft dem

---

nicht gegen irgend welche Personen und ihre Anschauungen richten, sondern nur gegen die Ideen als solche, insofern sie uns als unrichtig und schädlich erscheinen. Da manche Juristen, wie andere Fachmänner, oft keine Zeit und Neigung haben, die Entwickelung und den Kampf der Theorien und Anschauungen in anderen Litteraturgebieten genauer zu beobachten, so wären sie vielleicht geneigt, die obigen Ausführungen auf die ihnen bekannten Erscheinungen der juristischen Litteratur ausschliesslich oder doch hauptsächlich zu beziehen. Da ferner bei Ihering (Geist des röm. Rechts) manche Anklänge an einige von uns oben und passim bekämpften Anschauungen zu finden sind, so würde man vielleicht unsere Darstellung als eine Polemik gegen Ihering auffassen. So enge Ziele verfolgen wir indessen nicht. So aufgefasst wäre unsere Polemik ausserdem sehr ungenau und unbegründet. Sie wäre auch dann als unbegründet zu betrachten, wenn sie sich auf irgend welche einzelnen Vertreter anderer Wissenschaften (insbesondere der Nationalökonomie, der Philosophie, der Kulturgeschichte oder Sociologie, namentlich die englischen Vertreter dieser Wissenschaften) bezöge. Denn kaum Jemand hat die bekämpften Ideen in derjenigen absoluten, präcisen und einseitigen Gestalt vertreten, in welcher wir dieselben bekämpfen. Für uns handelt es sich vielmehr um mehr oder weniger bewusste, mehr oder weniger einseitige Anschauungen und Ideen, welche keiner individuellen Persönlichkeit imputirt werden können, fast immer mit anderen Ideen und Anschauungen kombinirt und durch diese gemildert auftreten und auf diese Weise als unbestimmte und in ihrer wahren und konkreten Gestalt unfassbare imponderabilia die Lebensanschauung und die Handlungsweise der Menschheit beeinflussen, und zwar nicht nur in der neuesten Zeit, sondern meistens schon im Alterthum oder jedenfalls nicht nur seit den letzten Decennien. (Desgleichen haben manche von uns vertretenen allgemeinen Anschauungen eine lange und ehrwürdige Geschichte hinter sich, obgleich ihre konkrete Form, ihre Anwendung und besonders die von uns vertretene Methode ihren hauptsächlichen Nährboden in der Nationalökonomie der deutschen Schule im Gegensatz zur englischen oder genauer in der modernen Nationalökonomie gefunden haben).

Was Ihering's Geist des röm. Rechts anbetrifft, so darf insbesondere unsere Bemerkung im Texte über die Erklärung der Geschichte eines Rechtes aus einzelnen Trieben der menschlichen Natur schon deswegen darauf nicht bezogen werden, weil die Grundidee dieses in vielen einzelnen Theilen und Thesen höchst verdienstvollen und für das Verständniss der „modernen Jurisprudenz“ unentbehrlichen Werkes des genialen Juristen, gerade eine wesentlich andere ist. Es handelt sich darin nicht um die allgemeine menschliche Natur, sondern im Gegentheil um eigenthümliche Eigenschaften des römischen Charakters (besonders stark entwickelte Willenskraft und Selbstbehauptungstrieb des Individuums) und um den Zweck, zu zeigen, dass das durch diesen eigenthümlichen (stark individualistischen) Geist der Römer ausgebildete Recht einen universellen und dauernden Werth hat. Der Haupteinwand, welcher nach unserer Meinung gegen Ihering's neue Methode der Philosophie der Rechtsgeschichte, nicht aber gegen den grossen Gelehrten selbst (vergl. unten) zu richten ist, ergiebt sich aus einem neu erschlossenen Wissensgebiet, nämlich aus der vergleichenden Rechtswissenschaft. Wenn diese Wissenschaft zur Zeit der Konception des „Geistes des röm. Rechts“ existirt hätte, so würde der Verfasser sicherlich die Schwierigkeit und die Gefahr seiner Methode eingesehen haben. Während der angedeutete Einwand seiner Natur nach Ihering gegenüber kein Vorwurf ist, wird er zu einem solchen gegen die jetzt wirkenden Rechtsgelehrten verschiedener Länder, welche manche Rechtsinstitute ihres Volkes als diesem eigenthümlich und seinem besonderen Charakter entsprechend er-

Progamm folgt: das Recht als Kulturprodukt und Kulturfaktor in seiner Entwickelung.

Was das allgemeine Programm für die Zukunft anbetrifft, so

---

klären, während es sich vielmehr um Erscheinungen handelt, welche auf einer gewissen Stufe der Entwickelung im hohen Masse kosmopolitisch sind. Daraus entsteht die Gefahr eines anachronistischen Konservatismus für das betreffende Volk, indem die vergangene Kulturperiode mit dem gegenwärtigen Volkscharakter vermengt und das geschichtliche Archiv zur unberechtigten Mitwirkung herangezogen werden kann. — Der Vorwurf richtet sich zum Theil gegen die vergleichende Rechtswissenschaft, genauer gegen manche hier herrschende eigenthümliche Vorliebe und Sympathie. Es herrscht die Tendenz, „naturwissenschaftlich“ zu sein — und diese Tendenz äussert sich wiederum in einer eigenthümlichen Richtung: je wilder eine Völkerschaft ist, je mehr ihre Sitten für den civilisirten Menschen als sonderbar oder hässlich erscheinen, desto grössere Liebe und Beachtung wird diesem Volke zu Theil. Je höhere Bedeutung ein Volk für die Kulturgeschichte hat (z. B. Römer, Germanen), desto weniger Gnade findet dasselbe bei der neuen Wissenschaft. Ob diese nicht freiwillig ihren an sich hohen Werth mindert, ihre an sich höchst wichtige Idee verzerrt? Ob die naturwissenschaftliche Methode dazu ausreichen kann, um die Abstammung des homo sapiens von niederen Organismen und namentlich vom Affen zu begründen, mag hier dahingestellt werden. Wenn dies aber zutreffen würde, so sollten wir doch keinesfalls bei der Erklärung der Kulturgeschichte die naturwissenschaftliche Methode nachahmen. Sonst müssten wir die sapientia des homo sapiens vergessen. Man soll überall und immer beachten, dass diese sapientia und ihr Werkzeug die Sprache wesentlich das Objekt und die Methode der Wissenschaft verändern muss. Mittelst der Sprache überliefert der homo sapiens als Vater, Mutter, Geschlechtsältester etc. seine sapientia, seine Erfahrungen, Gefühle, Anschauungen, Ueberzeugungen über das Böse und Gute . . . seinen Kindern und anderen homines sapientes, und darin liegt die Quelle und das Wesen der Kultur als solcher; den Kulminationspunkt bildet das Ideal und die Wissenschaft, genauer die zum Ideal schnell strebende Wissenschaft, als gemeinsame Niederlage alles Guten und Vernünftigen, der Liebe, des höchsten Gutes, welches, einmal gefunden, nicht verloren geht und welches allen ohne Minderung seiner Quantität zu Theil werden kann. Diese Centralisation der Verwaltung des höchsten Gutes schliesst die Anwendung der sog. naturwissenschaftlichen Methode nothwendig aus, indem das Wesen dieser Methode gerade das Nichtvorhandensein einer solchen Centralisation voraussetzt. Nicht nur die Natur des Fortschrittes und der gesunden Entwickelung ist beim homo sapiens ganz eigenthümlich; seine sapientia ist zugleich ein Faktor, welcher eigenthümliche pathologische Erscheinungen, die in der Thier- und Pflanzenwelt ausgeschlossen sind, hervorzurufen geeignet ist und thatsächlich oft hervorruft (Aberglaube, Vorurtheile, naive oder eigennützige Irrlehren und entsprechendes Betragen, die zu langsame physische, psychologische, sociale Anpassung an neue Lehren oder an Fortschritte der Technik etc. etc.). Daraus ergeben sich verkrüppelte und monströse Rechtserscheinungen. Aus den beiden Eigenthümlichkeiten der menschlichen Kultur ergiebt sich aber, dass die vgl. Rechtswissenschaft vor Allem sich selbst ein Ideal zu Grunde legen muss. Um nicht auf's Gerathewohl zu tappen, noch auf Irrwege zu gerathen, muss man sich vor Allem darüber verständigen, was die Kultur ist, wohin sie abzielt, was wir als gesunde Erscheinungen und Fortschritt, was als pathologische Erscheinungen oder gar als Verkrüppelung und Dekadenz einer Kultur zu betrachten haben. Sonst droht dieser Wissenschaft die Gefahr, zu einer Kuriositätensammlung oder gar zu einem Schmutzkasten zu werden, anstatt ernste Aufgaben zu lösen. Wie kann man ferner die Erscheinungen der Rechtskultur z. B. nach Entwickelungsstufen richtig

wäre es hier gleichfalls unmöglich, darauf genauer einzugehen. Wir möchten nur in folgenden Punkten unseren (schon oben begründeten) Standpunkt (noch einmal in einer anderen Form) be-

---

klassificiren, wenn man sich nicht vorher klar gemacht hat, nach welchem Massstab zu vergleichen und zu messen ist! Wo ist das tertium comparationis? Diese unvergleichliche epische Ruhe, diese „naturwissenschaftliche“ Objektivität und Indifferenz sind vielleicht gar nicht am Platze, sie beweisen vielleicht, dass der Stoff die Wissenschaft beherrscht, nicht aber diese den Stoff. Um den Stoff zu beherrschen, ist nicht nur ein klarer Begriff und Massstab der Kultur nothwendig, sondern auch die Betrachtung jeder Rechtserscheinung als Kulturprodukt einerseits und als Kulturfaktor andererseits. Während der Mangel am bewussten und klaren Massstab eine gehörige Auswahl des Stoffes, dessen Sichtung, Klassifikation und Verbindung durch eine einheitliche Idee hindert, macht die Mittheilung der von der Kultur abgerissenen Rechtserscheinungen diese an sich als Einzelerscheinungen zu Kuriositäten und zu Räthseln. Ganz gleiche Rechtsregeln können nach der Natur des milieu, wo sie entstanden und weiter wirken, bald „zufällige“ Krankheitserscheinungen, bald vernünftige und natürliche Produkte einer gewissen Kulturstufe bilden, und ohne das milieu verstehen wir den Sinn des Rechtssatzes überhaupt nicht. In der vgl. R. W. scheint man aber das Entgegengesetzte für richtig zu halten. Es wird die Rechtserscheinung ganz abstrakt und dann der Name des Volkes mitgetheilt. Da man aber für besonders entlegene und wenig erforschte Gebiete und dem Leser (auch dem Verfasser?) unbekannte Völkerschaften eine besondere Vorliebe empfindet, so freut man sich schon, wenn man z. B. erfährt, dass diese oder jene Regel von den Hottentotten geübt wird, denn diese scheinen dem Leser alte Freunde und Bekannte neben anderen ganz fremden Namen zu sein. Mitunter werden die Rechtsregeln oder die Rechtsbegriffe zur Veranschaulichung in der Sprache derjenigen wilden Völkerschaft mitgetheilt, welcher sie gehören, als ob man zeigen wollte, dass das innere Verständniss desjenigen Materials, welches mitgetheilt wird, zur Sache nicht gehört.

Wenn man den Begriff des Fortschrittes und der Kultur in den obigen Hinsichten als Grundlage benützte, so würde man zunächst und hauptsächlich den Kulturvölkern seine Aufmerksamkeit widmen. Diese Völker haben eben den Menschen auf die den anderen unbekannte Höhe gehoben; dies spricht dafür, dass die Stufen ihrer Rechtsentwickelung wahre Kulturstufen, nicht aber gleichgültige oder krankhafte Erscheinungen sind. Dann will doch die vgl. R. W. auf die Aufgabe, die gegenwärtige Rechtskultur zu erklären, nicht verzichten. Dies führt aber wiederum vor Allem und hauptsächlich auf die aufmerksame Behandlung der Kulturvölker. Um die Entwickelung zu rekonstruiren und wirklich dem Verständniss zu erschliessen, muss man den Geist einen entgegengesetzten Weg, als den durch die Kultur zurückgelegten, einschlagen lassen. Je näher eine Kulturstufe ist, desto näher sind die Anschauungen derselben unserem Verständniss. Das wahre Verständniss und die sichere Rekonstruktion ist durch die Bewegung rückwärts zu erlangen. Alles ist aber mit dem Licht des Ideals zu beleuchten und darnach zu ordnen. Bei diesem Ausgangspunkte (der Sinn der Kultur, das Wesen des Fortschrittes, das Ideal) und dieser Bewegung rückwärts werden wir den Hottentotten, Amazulu, Wowau u. dergl. gar nicht begegnen. Indessen ist gegen die Heranziehung derselben als Mittel zum Zweck nichts einzuwenden. Vor und neben der Bildung des grossartigen einheitlichen Kulturreservoirs entstehen und existiren zahlreiche kleine Bassins, deren manche schon ausgetrocknet sind, ohne einen Beitrag in die grosse centrale Station der höchsten Güter geliefert zu haben, manche zwar noch jetzt existiren, aber gleichfalls nicht einmal einen Tropfen dem grossen Bassin zu schenken im Stande sind.

tonen. Von der Aufstellung eines Planes der Gütervertheilung, welcher die „Lösung der socialen Frage“ enthielte, kann vom Standpunkte unserer Grundprincipien keine Rede sein. Die übliche Auffassung sowohl der Gegner wie der Freunde der Grundlagen der gegenwärtigen Ordnung ist mit dem oben aufgestellten höchsten Ziel der Civilpolitik meistens unverträglich. Einige Stimmen sagen: die gegenwärtige Ordnung ist grundsätzlich auf die oder die Weise zu reformiren; durch die Verwirklichung dieses Ideals werden das allgemeine Glück und Zufriedenheit, im Allgemeinen eine vollkommene Ordnung der Dinge herbeigeführt werden. Andere betrachten die herrschende Ordnung als die beste. Wiederum andere betrachten etwas in der Mitte liegendes als die beste mögliche Lösung; die gegenwärtige Ordnung soll in dieser oder jener Richtung ohne Beseitigung der herrschenden Grundprincipien verbessert und nur auf diese Weise die Lösung erreicht werden. Trotz vieler Gegensätze sind diese Auffassungen in der Hinsicht einander ähnlich, dass sie in den Augen ihrer Vertreter das letzte Wort, die beste mögliche Ordnung, den vollkommensten erreichbaren Ausdruck der Gerechtigkeit enthalten. Aus den obigen Ausführungen ergiebt sich, dass wir diese Anschauungen als materialistisch (insofern sie diese oder jene Vertheilung der ökonomischen Güter als Endziel der Ordnung der Gütervertheilung betrachten), als mit der Natur des Menschen und dem Begriff des Fortschrittes und der Kultur unverträglich (diese lassen jede Art der äusseren Ordnung als ein vorübergehendes Stückwerk erscheinen und postuliren ein Ideal von unendlicher Höhe), als unsicher und von den persönlichen instinktiven Gefühlen abhängig und befangen (Gerechtigkeit) betrachten.

Diese Bassins gehören in die Geschichte an sich nicht, können uns aber beim richtigen Klassifikationsmassstab als Mittel zur Rekonstruktion der Geschichte des Fortschrittes dienen. Bei dieser Methode werden wir den Hottentotten- und Kuriositätenkultus und irrthümliche Schlüsse aus der Wiederkehr einer ähnlichen Rechtsregel darauf, dass diese darum den Ausdruck eines „Naturgesetzes“ oder jedenfalls eine für die Kultur nothwendige Uebergangsstufe bildet, desto leichter vermeiden, dass wir vom obigen Standpunkt aus die kleinen und für die Geschichte nutzlosen Reservoirs principiell skeptisch behandeln, eben weil sie so weit zurückgeblieben sind.

Die obigen Bemerkungen wollen übrigens keineswegs die bisherigen Verdienste der vgl. Rechtswissenschaft schmälern; man hat schon trotz des unrichtigen Ausgangspunktes Grossartiges geleistet. Eine der wichtigsten Errungenschaften ist negativer Art: die Zerstreuung mancher kulturhemmenden Vorurtheile. Auch diese höchst wichtige Seite der neuen Wissenschaft wird erst dann zur vollen Geltung kommen. wenn man eine gründliche Revision der Grundbegriffe, der Ziele und der Methode vornimmt.

Diese principiellen Mängel bringen nothwendig missliche praktische Folgen mit sich, deren folgende hier besonders anzudeuten sind: a) Wenn man ein vorübergehendes Mittel als Selbstzweck, eine Mittelstufe als die höchste Spitze, einen Schritt zum weit liegenden Ideal als endgültige Lösung betrachtet, so entsteht die Gefahr, dass man das Stückwerk fehlerhaft einrichtet, weil dasselbe, so eingerichtet oder vorgestellt, an sich zwar sehr schön erscheint, im Verhältniss aber zum wahren Ideal sich als schädlich erweisen kann. Aehnliche Fehler begehen oft die Eltern, indem sie ihren Kindern gegenüber höhere sittliche Principien und Ideale ausser Acht lassen oder ungenügend berücksichtigen und für das Stückwerk sorgen. Ein augenblickliches Vergnügen oder vorübergehender Nutzen wird nachher sehr schwer bezahlt. b) Die übliche Art der Behandlung unserer Frage stört das friedliche Zusammenwirken aller Menschen von gutem Willen und führt unversöhnliche Gegensätze und Feindschaft herbei: dieser betrachtet die eine Ordnung als gerecht, die andere als ungerecht, jener behauptet das Gegentheil u. s. w. Hier ist kein Frieden möglich; man kann nur konstatiren, dass die beiden principiell gegensätzliche Anschauungen vertreten, dass die Richtung ihres Gerechtigkeitsgefühls grundverschieden ist: de gustibus non est disputandum. Anders bei der oben vertretenen Auffassung; hier ist die principielle Einigkeit über Endziele und eine sachliche Diskussion über die Mittel möglich.

Für die Richtigkeit der von uns vertretenen Auffassung (keine definitive Lösung der socialen Frage, keine Verwirklichung der Gerechtigkeit etc., sondern: weitere Erziehungsmassregeln für die menschliche Seele im Sinne der weiteren Annäherung zur Liebe) liefert auch die Geschichte viele schlagende Argumente; wir erinnern z. B. an verschiedene Anschauungen, welche vor und während der französischen Revolution vertreten worden sind. Es ist jetzt nicht schwer einzusehen, dass die Ideale dieser Zeit naiv waren, weil sie auf einer Verwechselung eines Stückwerkes mit der definitiven Lösung beruhten. Daraus viele verhängnissvolle Fehler in der Durchführung der Reform. Die jetzt üblichen Anschauungen sind aber ebenso und aus demselben Grunde naiv und praktisch gefährlich, wenngleich manche von ihnen einen gesunden Kern enthalten.

Dies bezieht sich unter Anderem auch auf die von manchen Seiten laut gewordenen Wünsche, welche das Civilrecht unmittel-

bar berühren, insbesondere auf die Forderung der Beschränkung oder gar der Beseitigung des Erbrechtes. Meistens wird diese Frage lediglich vom Standpunkte der Gerechtigkeit oder des Gegensatzes der Interessen der reicheren und der ärmeren Volksschichten beurtheilt. Der Kampf gegen das Erbrecht scheint uns nun folgenden gesunden Kern zu enthalten: Die Grundinstitute des Civilrechtes: Privatkapital (nicht nur Privateigenthum), der freie Privatvertrag, das Erbrecht haben in der Geschichte der Kultur zweifellos die wichtige erzieherische Bedeutung gehabt, dass sie die für jede menschenwürdige Ordnung nothwendigen Tugenden (eines bonus pater familias) frugalitas und diligentia (vgl. oben Bd. I § 16) in hohem Masse entwickelt und gestärkt haben. Die Nationalökonomen haben schon längst mit Recht hervorgehoben, dass diese Grundinstitute das Wirthschaftssubjekt zum Sparen und wirthschaftlichen Schaffen und auf diese Weise die Kapitalbildung veranlassen, im Allgemeinen den Volksreichthum erhalten und gewaltig vermehren. Für uns ist der Volksreichthum an sich keineswegs Endzweck; wichtiger ist die mit der Zeit erreichte Specifikation der menschlichen Seele, welche eine wichtige Kulturerrungenschaft auch dann bleibt, wenn man die Bedingungen ihrer Entstehung sich als beseitigt denkt: obgleich z. B. die Staatsbeamten nicht mit ihrem Privatkapital und Privatbedürfnissen zu thun haben, kommt doch ihre frugalitas und diligentia, insbesondere ihre Gewohnheit und Fähigkeit an die Zukunft zu denken, an der vernünftigen Arbeit als solcher Freude zu finden etc., dem Staate zu Gute; ohne diese Eigenschaften wäre die moderne complicirte und feine Staatsmaschine ganz undenkbar. Wenn wir zum Subjekt der Privatwirthschaft zurückkehren, so bemerken wir, dass die genannten Tugenden oft hypertrophisch entwickelt und in bösartige, kulturfeindliche Eigenschaften: Geiz, Habgier, rücksichtslose und in der Auswahl der Mittel nicht wählerische Erwerbssucht übergehen können. Es ist nicht besonders gefährlich, wenn diese Erscheinungen sporadisch vorkommen. Wenn sie aber zur Epidemie werden, wenn sich in der Menschheit die Jagd nach dem Erwerb so entwickelt, dass die ganzen Erwerbsgebiete sich an sittlich bedenkliche Erwerbsregeln gewöhnen oder als politische Partei rücksichtslos und eigennützig über alle höheren Erwägungen hinwegsehen und lediglich für die Füllung ihrer Taschen auf Kosten anderer Klassen sorgen, wenn zu diesem Zwecke gegen manche Menschengruppen in oder ausser dem Staate gehetzt wird, um

einen Gegenstand der ökonomischen Ausbeutung zu gewinnen oder unbequeme Konkurrenten rücksichtslos zu beseitigen, wenn die Wissenschaft und die Literatur alle höheren Ideale und sittlichen Postulate, welche früher als heilig galten, verlässt und direkt oder indirekt den Tanz um das goldene Kalb und das Recht des Stärkeren rechtfertigt und verherrlicht, so entsteht die sehr ernste Frage, ob diejenigen Institute, denen hauptsächlich diese Erscheinungen zuzuschreiben sind, nicht zu beschränken sind, ob sie in ihrer gegenwärtigen Gestalt und Ausdehnung beim gegenwärtigen Kulturzustand nicht zu viel des Guten thun. Wenn die Eltern bemerken, dass ein gewisses von ihnen adoptirtes System des Betragens den Kindern gegenüber eine erwünschte Wirkung schon erreicht und, weiter fortgesetzt, bedenkliche Charaktereigenschaften zu entwickeln anfängt, so modificiren sie entsprechend ihr Erziehungssystem. Dieser Standpunkt soll u. E. massgebend sein, wenn man an die Tendenz, das Eigenthum, den Vertrag und das Erbrecht zu beschränken, denkt. Freilich kommt auch die Rücksicht auf die Höhe und Vertheilung des Volksreichthums in Betracht. Hier aber äussert sich nicht die Hauptwirkung der kritisirten Tendenz. Dabei sind die unmittelbaren Folgen bei den meisten Vorschlägen nicht von besonders grosser Tragweite; und wiederum ist bei der Erstrebung der gleichmässigen Vertheilung nicht diese an sich, sondern ihre ethische Wirkung entscheidend.

Wenn wir aber ferner die übrigen Grundprincipien als bestehend und das Erbrecht als beseitigt denken, so stellt sich uns der Zustand als ganz unmöglich dar. Wir sehen nicht ein, wie man der demoralisirenden Tendenz, die Gesetze zu umgehen und das Erwünschte auf verbotenen und unsittlichen Wegen zu erreichen vorbeugen könnte. Wichtiger als dieses praktische Bedenken (dessen Tragweite vielleicht durch geschickte Technik sich erheblich herabsetzen liesse) ist folgende principielle Erwägung: Es ist eine Erfahrungsthatsache, welche psychologisch auch sehr erklärlich ist, dass für die intellektuelle und moralische Gesundheit die ökonomische Deklassirung des Menschen höchst gefährlich ist. Der plötzliche Uebergang von der bescheidenen ökonomischen Lage zum Reichthum oder umgekehrt bringt den Menschen aus dem normalen und gesunden intellektuellen und moralischen Geleise.[1] Von diesem Standpunkt aus betrachten wir den Vorschlag, das

1) Hier liegt die Hauptbedeutung des Pflichttheilsrechtes.

Erbrecht zu streichen, als höchst leichtsinnig. Es kann nur von der Beschränkung die Rede sein, wofür wiederum die obige Erwägung die Grundprincipien liefert, insbesondere sind darnach die Regeln des Titels des Entwurfes (I): „Gesetzliche Erben" gründlich umzugestalten. Einen besonders argen Verstoss gegen die erwähnten psychologischen Thatsachen enthält die vom Entwurf vorgeschlagene Ausdehnung des gesetzlichen Erbrechtes auf alle entfernten Verwandten ohne Grenze. Hier kann man nicht einmal sagen, dass das Erbrecht die frugalitas und diligentia stärkt. Andererseits wirkt der unerwartete Anfall einer Erbschaft eines oft unbekannten reichen Verwandten als ein ökonomischer Sprung verderblich (frühere bescheidene und gesunde wirthschaftliche Thätigkeit interessirt nicht mehr, an eine andere im grossen Massstabe ist man nicht angepasst; es entsteht Faulheit, Prahlerei, Verschwendung, schliesslich oft Armuth, Verzweiflung, Verbrechen etc.; wer erinnert sich nicht der in den Zeitungen oft berichteten Fälle, in welchen die Lotterie zu solchen Ergebnissen geführt hat!).

Die Bedeutung dieser Erwägung wird gemildert, wenn man den Verwandten kennt und den Erwerb der Erbschaft erwartet; in dieser Kategorie der Fälle ist gewöhnlich auch der Gegensatz in der ökonomischen Lage vor und nach dem Erwerb der Erbschaft nicht so scharf. Wie bedenklich sind aber wiederum die Wirkungen der Erwartung einer Erbschaft, besonders, wenn es sich um entfernte Verwandte handelt. Wo die Verwandtenliebe schwach ist oder gänzlich fehlt, bleibt der Wunsch übrig, dass der Tod sich nicht besonders verspäte, man freut sich über Krankheiten oder ungesunde Lebensführung. Mitunter kommt entsprechendes schmutziges systematisches Betragen oder ein einmaliges Verbrechen hinzu. Die ökonomischen Instinkte werden gleichfalls bedenklich beeinflusst; man ist in suspenso; anstatt auf eigene bescheidene Thätigkeit zu vertrauen und entsprechend zu handeln, hofft und wartet man. Wir erinnern daran, welch einen günstigen Boden für die Wucherer solche Situationen liefern. Wenn ferner die Hoffnung fehlschlägt, kommen neue bedenkliche Erscheinungen hinzu etc. etc. Unbedenklich ist das Erbrecht nur in derjenigen Kategorie der Fälle, wo die ökonomische Kontinuität und Abhängigkeit existirt und gleichzeitig die verwandtschaftliche Anhänglichkeit durchschnittlich so stark ist, dass man trotz

der Erbschaftsfrage die besten Wünsche dem Erblasser gegenüber hegt.[1] Es ist ja sicher, dass das Princip des Entwurfes nicht zum Gesetze werden wird. Es ist aber gleichzeitig sicher, dass man die angedeutete sehr enge Grenze nicht halten wird. Es ist verhängnissvoll, dass diese Frage zum grossen Theil als eine Parteifrage behandelt werden wird, dass man an den Gegensatz der Klasseninteressen denken wird. In Wahrheit

---

1) Aus dem Sinne dieses Princips folgt, dass das positive Recht, welches man auf Grund desselben schaffen würde. auf verschiedenen Stufen der geschichtlichen Entwickelung sehr verschieden aussehen müsste. Zur Zeit der sittlichen und ökonomischen Solidarität der grösseren Familienkreise würde dasselbe einer viel grösseren Anzahl von Personen das Erbrecht verleihen, als in der neuesten Zeit, wo die sociale Einheit der Familie sich auf einen sehr engen Personenkreis beschränkt.

In Uebereinstimmung mit dem Princip und seinen geschichtlich veränderlichen Konsequenzen befindet sich auch folgende Erwägung: Zur Zeit der intensiven socialen Bedeutung und Solidarität der grösseren Familienkreise wird das Erwerbsleben durch das entsprechend ausgedehnte Erbrecht in gewisser Hinsicht verschönert, indem der zukünftige Erblasser bei der Erhaltung und der Vergrösserung seines Vermögens auch an diese entfernteren, in dieser Epoche aber seinem Herzen doch nahen Verwandten denkt. Aehnliche Bedeutung hat auch die zu dieser Zeit sehr wichtige abstrakte Idee des Familienglanzes und Familienglückes, wobei der Begriff Familie sehr viele Personen umschliesst. In beiden Hinsichten liegen jetzt die Verhältnisse ganz anders. Die Familienliebe im früheren Sinne weicht immer mehr und mehr der höheren Gestalt der Liebe, der Anerkennung und Sympathie für den Menschen als solchen. Entsprechend verliert die erwähnte altruistische Färbung niederer Art des Erwerbslebens durch das Erbrecht der entfernteren Verwandten den Boden für ihre Entstehung und Wirkung. Durch das Erbrecht wird jedenfalls die kulturell abgestorbene Abgeschlossenheit der weiteren Verwandtenkreise nicht wieder belebt. Es ist daher civilpolitisch richtiger, durch das Erbrecht den Erblasser an seine Solidarität mit der Gemeinde, dem Staate, den allgemeinen Zwecken der Wohlthätigkeit, der Kultur ... zu erinnern, als ihm einen sozusagen zufälligen und gleichgültigen Privaterben aufzudrängen.

Im Allgemeinen muss man bei der Leitung der geschichtlichen Entwickelung des Erbrechtes aufs sorgfältigste alle Fortschritte der Volkspsychologie, ihre Veränderungen auch in den feineren Nüancen beobachten und civilpolitisch verwerthen. Dies sollte man besonders bei der Diskussion über die Familienfideikommisse und das Anerbenrecht niemals vergessen. Wo diese Institute ihren socialen und psychischen Boden verloren haben, müssen sie sehr bedenkliche psychische Erscheinungen (Neid, Hass, Intriguen) bei den Betheiligten und sogar beim grossen Publikum erzeugen. Sittlich bedenklich ist auch die Art und Weise, wie manche Vertheidiger dieser Institute, insbesondere des Anerbenrechtes, ihre Vorschläge motiviren. Eine Klasse soll nach dem Sinne und Wesen dieser Motivirung als Objekt und Werkzeug zu politischen Zwecken gebraucht werden, dazu soll der Gegensatz der Interessen verschiedener Klassen und die Stärke des Werkzeuges erhöht werden. Ob eine solche Politik nicht schon durch ihre nicht besonders reine und hohe Natur mehr dem Endzweck schaden als nützen würde? Dabei bleibt es noch fraglich, ob die herbeigeführte Vermehrung des Proletariats nicht das Erreichte aufwiegen und ob das Institut auf die Stärke der Klasse der Bauern, insbesondere auf ihre ökonomische Tüchtigkeit, nicht vielmehr bei den modernen Verhältnissen einen negativen Einfluss ausüben würde.

aber, wenn man genauer nachdenkt und die moralische und intellektuelle Gesundheit höher als das Geld schätzt, kommt man zur Ueberzeugung, dass das Princip des Entwurfes, auch wenn man dasselbe z. B. auf vier Parentelen beschränkt, nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch denjenigen, welche dasselbe in ihrem Interesse vertheidigen zu müssen glauben, nur schädlich ist. Wir haben einen Grundsatz des Erbrechtes des Entwurfes herausgegriffen. Wenn man dieses Institut im Entwufe als Ganzes und die übrigen einzelnen Grundsätze und Bestimmungen mit dem obigen sittlich-psychologischen Massstab misst, wird man dort unzählige Verstösse gegen eine vernünftige Erbrechtspolitik finden.

---

7. Wir kehren nunmehr zur Frage nach der unbewussten Natur des Entwurfes zurück. Vor der weiteren Kritik müssen wir aber einen zusammenfassenden Blick auf den zurückgelegten Weg werfen. Der unmittelbare Zweck unserer Untersuchung besteht darin, ein kritisches Urtheil über den Entwurf zu gewinnen und zu begründen und möglichst tief und gründlich die Natur der Ursachen und Faktoren zu erkennen, auf welche die Unzulänglichkeit des Zukunftsrechtes zurückzuführen ist. Unser Gutachten über den Entwurf haben wir am Eingang der Darstellung durch die Charakteristik: „Chrestomathie civilpolitischer Fehler“ zusammengefasst und den Sätzen des Entwurfes vom psychologischen Standpunkt einen unbewussten Ursprung zugeschrieben. Obgleich unsere Schrift in allen ihren Theilen und im Ganzen das Verständniss und die Anerkennung der Richtigkeit dieser Sätze vorbereitet, haben wir doch weiter an eine Anzahl von verkehrten Gesetzesvorschlägen des Entwurfes erinnert, bei welchen es klar ist, dass der Verfasser sich die Frage, warum er so und nicht anders entscheiden soll, überhaupt nicht vorgelegt hat. Um den Einfluss von Faktoren unbewusster Natur auf den Entwurf noch auf eine andere Weise zu veranschaulichen, haben wir ferner in dem Abschnitt über Anachronismen im Entwurf gezeigt, wie verschiedene geschichtliche Zufälligkeiten oft ganz äusserer Natur bei der Abfassung des Entwurfes eine entscheidende Bedeutung gehabt haben. Diese Beispiele und Ausführungen sollten zugleich die Anmassung der Meinung veranschaulichen, als ob der Verfasser „über Alles nachgedacht, Alles erwogen hat“. Man soll sich über die Bedeutung der Motive und Protokolle in dieser Hinsicht nicht

täuschen lassen. Die Thatsache, dass jeder Paragraph des Entwurfes durch Motive begleitet wird, bedeutet gar nicht, dass man für alle Rechtssätze sich einen bestimmten Grund gedacht hat. Im Gegentheil, man hat nur einen Theil der Rechtssätze nach ihrer Berechtigung geprüft, und die Auswahl der Fragen ist oft sehr eigenthümlich und zufällig. Paragraphen und Rechtssätze sind in der uns interessirenden Hinsicht ganz verschiedene Dinge. Immerhin könnte man das Vorhandensein höchst umfangreicher Motive prima facie als eine Thatsache betrachten, welche an sich unsere Behauptung über den unbewussten Ursprung des Rechtes des Entwurfes jedenfalls zum grossen Theil widerlegt. Es war also das Eingehen auf den Inhalt und die Natur der Motive nothwendig. Vor dem Nachweis des unbewussten Ursprungs der in den Motiven begründeten Sätze haben wir den Theil der Motive ausgeschieden, welcher ab- oder aufsteigende Konstruktionen enthält. Wir schreiben diesen keine entscheidende Bedeutung für unsere Frage zu, obgleich die Berechtigung der aufsteigenden Konstruktionen bei der Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuches u. E. nicht zu bestreiten ist. Freilich hat der Verfasser diese Methode nicht sachgemäss angewendet, indem er den Werth seiner Prämissen nicht gehörig geprüft, ja oft ganz merkwürdige Sätze, welche nirgends in der Welt als Rechtsprincipien gelten und für welche er keinen vernünftigen Grund angeben könnte, als Prämissen gebraucht hat. In der übrigen uns hauptsächlich interessirenden Masse der Motive kann man solche Elemente finden, welche bei der Abfassung eines Civilgesetzbuches als ganz fremdartig, heterogen erscheinen, wie z. B. Begriffe und Erwägungen naturwissenschaftlicher anstatt nationalökonomischer Natur. Die Produkte solcher Erwägungen und Rechtssätze, welche sich auf solche Begriffe beziehen, sind ihrem Wesen nach unbewusster Natur und können nur zufällig das Richtige treffen. Dies veranschaulicht der Fruchtbegriff des Entwurfes und die grosse Masse der Rechtssätze, welche mit diesem Begriff operiren, wobei hier nicht einmal ein einziger Rechtssatz des Entwurfes durch glücklichen Zufall civilpolitisch richtig ausgefallen ist. Neben der Behauptung über das Element des Unbewussten, welches dem Fruchtbegriff des Entwurfes, seinen einzelnen Sätzen oder einzelnen Instituten (welche das Verständniss des Begriffes Einkommen voraussetzen) eigen ist, könnten wir das Verhältniss des Entwurfes zum Begriff des Einkommens als ein Zeugniss der unbewussten Natur des ganzen Gesetzbuches als

solchen hinstellen, da doch die wesentliche unmittelbare Funktion des ganzen Mechanismus des Vermögensrechtes in der Vertheilung des Volkseinkommens besteht. Zu ähnlichen Schlüssen könnten wir durch die Betrachtung des Verhältnisses des Verfassers und des Entwurfes zum Begriff des Kapitals, zum ökonomischen Wesen und der Funktion des Rechtsgeschäftes, der privatrechtlichen Persönlichkeit . . ., zum Vermögensrecht als Ganzem im Sinne des Systems der Gütervertheilung und im Sinne eines mächtigen Kulturfaktors, gelangen. Bei Anwendung einer derartigen grundsätzlichen und zusammenfassenden Kritik vom Standpunkt des Wesens, der unmittelbaren Funktion und des Ideals des Civilrechtes würden wir einsehen, wie tief berechtigt der Satz über die unbewusste und unkritische Natur des „Zukunftsrechtes" ist und wie zutreffend der Vergleich der Abfassung des Entwurfes mit dem Bau einer Maschine durch die Nachmachung einzelner Stückchen und Rädchen anderer ähnlicher Maschinen ohne Verständniss, was die Maschine producirt, welcher Zusammenhang zwischen einzelnen Theilen besteht, welche Wirkung einzelner Theile und des Ganzen erwünscht, welche unerwünscht ist. Bei Anwendung dieser Kritik würden wir nicht sagen, dass der Entwurf von civilpolitischen Fehlern wimmelt, sondern dass er im Ganzen einen grossartigen Fehler darstellt; desgleichen würden wir nicht von Anachronismen im Entwurf sprechen, sondern denselben im Ganzen als einen merkwürdigen Anachronismus bezeichnen.

Indessen würde man dagegen einwenden, dass wir zu hohe Anforderungen an den Entwurf stellen, und dieser Einwand könnte, wenn er den Schwerpunkt unserer Darstellung treffen würde, die Bedeutung der oben und unten angeführten kritischen Bemerkungen künstlich abschwächen. Wir möchten die Unzulänglichkeit des Entwurfes auch denjenigen klar machen, welche die Bedeutung unserer principiellen Gesichtspunkte oder jedenfalls die Berechtigung ihrer Anwendung zur Kritik des Entwurfes nicht anerkennen würden. Daher kehren wir zu derjenigen Art der Kritik zurück, mit welcher wir unsere Darstellung begonnen haben. Der Entwurf ist kein einheitliches Gesetzbuch, sondern eine Paragraphensammlung. Die Kommissionen, welche daran arbeiten, sind Paragraphenkommissionen, insbesondere ist die zweite Lesung des Entwurfes richtiger als zweite Lesung der Paragraphen des Entwurfes zu bezeichnen. Die Rechtswissenschaft, welche auf dem Boden des gegenwärtigen Entwurfes entstünde, wäre eine Paragraphenwissen-

schaft oder genauer ein Paragraphenhandwerk. Wir werden uns gleichfalls weiter der Natur des Entwurfes entsprechend auf die Paragraphenkritik beschränken, und zwar im Folgenden unsere Untersuchung über die Natur der Motive, welche die Paragraphen des Entwurfes begleiten, fortsetzen.[1]

1) Natürlich kann diese Selbstbeschränkung nur eine relative Bedeutung haben. Eine Beurtheilung vieler Paragraphen ist ohne das Zurückgehen auf principielle Fragen absolut unmöglich. So z. B. bestimmen die zwei ersten Paragraphen des Entwurfes I, dass das Gesetzbuch in seinem Gebiete die einzige Rechtsquelle bilden soll, dass das Gewohnheitsrecht nur insoweit gilt, „als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist" (was nur eine Vorsichtsklausel bedeutet, weil der Entwurf I keine solche Verweisung enthält). Die erste grosse That des Verfassers der zweiten Lesung war nun die Streichung dieser ersten Paragraphen. Um nun dazu kritische Stellung zu nehmen, müssten wir nothwendig Fragen sehr allgemeiner und principieller Natur berühren. Wir müssten uns namentlich darüber klar werden, in welcher Richtung wir die Gütervertheilung beeinflussen, welche Stellung wir zu der historischen Rechtsschule und zur Theorie der Harmonie der Interessen einnehmen sollen. Wenn wir für eine gleichmässigere Gütervertheilung zu sorgen und der ökonomischen Schwäche zu Hilfe zu kommen für nothwendig halten, müssen wir das Gewohnheitsrecht im Gebiete des bürgerlichen Vermögensrechtes nach Möglichkeit auszuschliessen suchen. Denn es bildet namentlich zur Zeit der grossen Ungleichmässigkeit der Gütervertheilung vielfach das Recht, welches die ökonomisch stärkeren Elemente schaffen und welchem die ökonomisch schwächeren sich fügen. Man denke z. B. an das Verhältniss der Fabrikanten und der Arbeiter, der Eigenthümer der städtischen Miethskasernen und der Miether, an das Verhältniss mächtiger Aktiengesellschaften, Kartelle etc. zum Publikum, der Geldkapitalisten zu Kreditsuchenden und dergl. Wenn der Gesetzgeber zur Zeit so scharfer ökonomischer Gegensätze, wie die gegenwärtigen, zur Zeit so grosser Macht des Kapitals dem Gewohnheitsrecht entscheidende Bedeutung verleihen würde, so hiesse es, dem Kapital die Gewalt verleihen, den ökonomisch Schwächeren das Recht vorzuschreiben. In solchen Zeiten erfordert eine sachgemässe Civilpolitik eine eiserne Energie des Gesetzes dem Gewohnheitsrechte gegenüber. Ja, noch mehr, es ist dann eine wichtige Pflicht der Staatsgewalt, eine sorgfältige Kontrolle derjenigen Rechtserscheinungen auszuüben, welche zwar noch nicht als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen sind, welche aber thatsächlich im Socialleben eine ähnliche Bedeutung haben oder zur Ausbildung des Gewohnheitsrechtes führen, und eventuell durch positives Eingreifen der Bildung gemeinschädlicher Gewohnheiten vorzubeugen. Dabei ist der Weg des Civilrechtes und des Civilprozesses oft als ungenügend zu behandeln, weil die zur Ausbeutung einer der Parteien führende Gewohnheit von derselben oft willig ertragen oder gar als selbstverständlich und nothwendig angesehen wird. — Zum Verständniss der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes und verwandter Erscheinungen ist noch besonders Folgendes zu erwägen: ausser durch die ökonomische Noth, den Mangel an geistiger Entwickelung und Verständniss für eigene Interessen oder durch die Wirkung des Rechtsgefühls kann eine der Parteien dadurch irregeleitet werden und ihren Genossen durch die Hilfe zur Bildung der unterdrückenden Gewohnheit schaden, dass sie kein genügendes Verständniss für das Gemeinwohl hat und ausschliesslich eigene persönliche Interessen in Betracht zieht. Um unseren Gedanken zu veranschaulichen, machen wir auf die Erscheinungen der Fabrikproduktion aufmerksam, bei welcher besonders oft dasjenige, was den Interessen des Fabrikanten und des einzelnen Arbeiters in concreto nützt, für die Arbeiterklasse und für das gemeine Wohl verderblich ist (man denke z. B. an die Kinder-, Frauen-, Nacht-, Akkordarbeit, Sonntagsruhe und dgl.). Be-

8. Wir haben schon oben gesagt, dass die Masse der unmittelbaren Erwägungen des Verfassers de lege ferenda sehr bunt ist. Von einer einheitlichen Denkmethode ist keine Rede. Darum können wir keine gemeinsame positive Charakteristik davon liefern. Wohl aber ist dieser Masse ein gemeinsames negatives Merkmal eigenthümlich, nämlich der Mangel an richtiger civilpolitischer Methode. Gerade das Wesentliche, worüber ein Civilpolitiker bei der Bildung einer Entscheidung de lege ferenda aufs sorgfältigste nachdenken muss, nämlich die Frage, welchen psychologischen Einfluss sein Gesetz ausüben muss, wie es das Betragen der Menschen beeinflussen, welche species facti es auf diese Weise ins Leben rufen, welchen vorbeugen wird, gerade dieser wesentlichen Frage wendet der Verfasser seine Aufmerksamkeit nicht zu. Im Gegentheil geht er regelmässig von einer als geschehen vorgestellten species facti aus, betrachtet diese Kategorie der species facti als eine gegebene (unveränderliche) Grösse und erörtert dann, ob es richtig, praktisch, billig etc. ist, für diesen Thatbestand diese oder jene Entscheidung zu wählen. Was würden wir von der Logik desjenigen sagen, welcher sich schnell umdrehen würde, um seinen Rücken zu erblicken? Mit einer ähnlichen eigenthümlichen Manipulation beschäftigen sich jedoch oft die Paragraphenmotive des Entwurfes. Wir erinnern z. B. an verschiedene Erwägungen des Ver-

sonders vom Standpunkt dieser Erwägung über den oft vorkommenden Widerspruch zwischen den wirthschaftlichen Tendenzen der konkreten Partei und dem Wohl der abstrakten Partei und Gemeinheit sind wir zu höchst negativem Urtheil dem Gewohnheitsrecht gegenüber für die moderne Zeit geneigt.

Wir möchten hoffen, dass die gestrichenen Grundsätze des ersten Entwurfes bei der endgültigen Redaktion wieder an die Spitze des Gesetzbuches gestellt werden. Dies wäre indessen zwar eine principiell wichtige und thatsächlich sehr nützliche, keineswegs aber genügende Massregel. Es ist ausserdem besonders dafür zu sorgen, dass die ökonomisch schwächere Partei ein genügendes Gesetzesrecht im Zukunftsrecht vorfindet; sonst werden die Gewohnheit und ihre Surrogate immer noch thatsächlich eine gewisse Bedeutung gewinnen und behaupten. Dazu müsste man aber den Entwurf gründlich umgestalten, weil sein Inhalt dem angegebenen Postulat gründlich widerspricht, indem darin insbesondere nur die Rechte des Kapitals genauer geregelt werden und die eingehende Regelung des Arbeitsrechtes unterlassen ist. Was man dem Gewohnheitsrechte am Anfang des Gesetzbuches nimmt, giebt man ihm durch solche Lücken zum Theil zurück.

Auch vom ethischen Standpunkt aus ist dem Gewohnheitsrecht nicht immer eine genügende Wirkung zuzuschreiben. In den Geschäftskreisen, welche das Gewohnheitsrecht produciren, ist das Niveau der ethischen Anschauungen mitunter sehr bescheiden. Der Gesetzgeber kann dagegen eine höhere Ethik vertreten und auf diese Weise eine wichtige Kulturmission erfüllen.

fassers darüber, wie zu entscheiden sei, wenn eine Partei nothwendige Verwendungen auf die herauszugebende Sache gemacht hat, oder wenn jemand ex alieno ohne Grund bereichert ist, und an einschlägige Entscheidungen des Entwurfes, welche die Tendenz haben, die Voraussetzung des Verfassers verschwinden zu lassen (B. I S. 315 fg., S. 334 fg. und B. II passim). Wenn der Verfasser auf Grund verschiedenartiger Erwägungen zum Ergebniss kommt, dass die auf die zurück- oder herauszugebende Sache gemachten Verwendungen gar nicht ersetzt, oder nur bei gewissen Voraussetzungen, z. B. erst nach Eintritt einer Frist oder Bedingung oder seit dem Augenblick des Ueberganges der Gefahr, oder nur zum Theil ersetzt werden sollen, z. B. nach Massgabe der Bereicherung der Gegenpartei (fast immer unter Verlust des Einkommens vom aufgewendeten Kapital), so wendet er sich um, um seinen Rücken zu erblicken, denn die vom nationalökonomischen und kulturellen Standpunkt höchst wohlthätigen species facti, welche der Verfasser als eine gegebene feste Grösse behandelt, werden gerade durch seine Gesetze an der Entstehung gehindert. Wenn nicht dieser Umstand, wenn die als unveränderlich vorausgesetzte Masse der species facti wirklich unveränderlich wäre, könnte man vielleicht gegen seine Gesetze nichts einwenden. Ebenso wäre es sachgemäss, sich umzudrehen, um seinen Rücken zu erblicken, wenn der Rücken bei unserer Umdrehung so liebenswürdig wäre, seine Position nicht zu wechseln. Alle Bestimmungen des Entwurfes über die Beschränkung der Prästationspflicht auf die thatsächliche Bereicherung wären vielleicht zutreffend, wenn alle Subjekte, auf welche der Entwurf dieses Princip anwendet, so liebenswürdig wären, auf die Entziehung des von ihnen Gewonnenen zu warten und der Versuchung, sich Lebensgenuss auf fremde Kosten gesetzmässig zu verschaffen, Widerstand zu leisten. Da diese Voraussetzung nicht zutrifft, so sind die Regeln des Entwurfes volkswirthschaftlich und sittlich verderblich. Die oben S. 73, 90, 294 fg. kritisirten Regeln des Entwurfes über die Erstattung der gewonnenen Einkünfte, nicht aber der versäumten oder fingirten wären sachgemäss, wenn alle Subjekte, für welche das Gesetz gilt, dem vom sittlichen und nationalökonomischen Standpunkt bedenklichen Rathe, welchen ihnen der Entwurf ertheilt, Widerstand leisten könnten und wollten (gute Richtung und genügende Kraft des Willens). Die Regel des Entwurfes über die theilweise Gleichstellung des gutgläubigen Beklagten im Falle seines Prozessverlustes mit dem Schuldner im

Verzug („er handle, wenn er es auf die richterliche Entscheidung ankommen lasse, auf seine Gefahr“, Protokolle S. 647 fg., vgl. oben S. 321) wäre vielleicht sachgemäss, wenn alle gutgläubigen Beklagten trotz des drohenden Nachtheiles die möglicherweise unberechtigten oder unredlichen Prätensionen des Klägers ohne Furcht, ruhig und unbefangen, abwehren würden. Da diese Voraussetzung nicht zutrifft, so ist die angeführte Sentenz der Protokolle als unpolitisch und ihre Anwendung in der zweiten Lesung als sittlich und ökonomisch schädlich zu bezeichnen etc. etc.

In anderen, gleichfalls sehr zahlreichen, Fällen nimmt der bezeichnete methodologische Fehler der Denkweise des Verfassers eine andere Gestalt an. Während bei den angeführten Beispielen der Verfasser die M i n d e r u n g der als unveränderlich behandelten Masse der Thatbestände durch sein Gesetz übersieht, kommt es sehr häufig umgekehrt vor, dass der Verfasser die V e r m e h r u n g der Thatbestände einer gewissen Kategorie durch sein Gesetz übersieht. Anstatt der obigen Analogie mit der Umdrehung, um den eigenen Rücken zu erblicken, passt hier folgende:

Es handelte sich um die Frage, ob einem Plane des Baues einer Eisenbahn zuzustimmen ist.[1] Der Minister, dessen Gutachten entscheiden sollte, hat aufs sorgfältigste den Verkehr auf der Chaussee, welche durch die Eisenbahn ersetzt werden sollte, sowie die Kosten der geplanten Unternehmung veranschlagt und ziffermässig nachgewiesen, dass der ganze Plan wirthschaftlich verfehlt sei. Die Verwerfung des Planes und die Verweigerung der Koncession beruhte auf dem logischen Fehler, dass man von der Grösse des existirenden Verkehrs ausging, ohne zu beachten, dass die Eisenbahn eben den Verkehr vervielfachen würde, so dass das Unternehmen nicht nur keinen Verlust, sondern einen hohen Gewinn verspreche.

Der Fall ist so kurios und eigenthümlich, dass es, wenn er nicht wirklich vorgekommen wäre, unglaublich schiene, dass ein Minister einen solchen Fehler begehen konnte. In den Motiven und Paragraphen des Entwurfes sind derartige Fehler in Folge des Grundmangels seiner Methode ganz natürlich. So beruhen die Grundsätze des Entwurfes über die Fälle der Ueberschreitung des

1) Wenn ich mich recht erinnere, handelte es sich um die erste Eisenbahn, welche Berlin mit einer benachbarten Stadt verbinden sollte. Da ich über diesen Fall vor der Kritik des Entwurfes gelesen habe, so habe ich mir die Quelle und die Einzelnheiten nicht notirt.

wirthschaftlichen Masses bei der Fruchtziehung seitens der Nutzungsberechtigten darauf, dass der Verfasser nur darüber nachgedacht hat, welche Abwickelung des Verhältnisses praktischer ist, wenn die species facti schon da ist, ohne zu berücksichtigen, dass seine Grundsätze gerade für die Verbreitung dieser schädlichen Thatbestände arbeiten (oben B. I. S. 137 fg.). Beim § 77 m. (E. II) lässt der Verfasser ausser Acht, dass durch seine besondere Regel für den Fall der Verpachtung die Masse dieser Thatbestände künstlich zum Schaden der Nachfolger in der Nutzung und der Allgemeinheit vergrössert und der Vorgänger demoralisirt wird. Mit demselben Fehler sind die meisten Paragraphen des Entwurfes über die nicht nothwendigen Verwendungen behaftet. Das obige Gutachten des Ministers und die angeführten und ähnlichen Entscheidungen des Entwurfes wären richtig, wenn die Masse der species facti, welche sie als unveränderlich behandeln, durch die fraglichen Massregeln nicht vermehrt würde.

Die dritte Form, in welcher der obige Grundmangel des Denkens de lege ferenda in den Motiven und den Entscheidungen des Entwurfes sich äussert, besteht darin, dass der Verfasser seine Regel der vorausgesetzten Kategorie der species facti anpasst, ohne zu bemerken, dass diese Regel eine andere, neue Kategorie der Thatbestände ins Leben ruft. Auch hierfür haben die obigen Untersuchungen zahlreiche Illustrationen geliefert; da wir indessen unten eine Anzahl von wichtigen Entscheidungen des Entwurfes, welche diese Art des Fehlers besonders klar veranschaulichen, zu anderen Zwecken anführen und kritisiren, so verweisen wir auf diese Beispiele (unten S. 514 fg.).

Selbstverständlich genügt es zur Kritik eines Gesetzesvorschlages noch nicht, zu ermitteln, welche Wirkung das Gesetz auf die darin vorausgesetzte Kategorie der Thatbestände ausübt, resp. welche anderweitige Erscheinungen dasselbe ins Leben ruft. Dazu gehört ferner eine sorgfältige Werthschätzung dieser im Gesetze vorausgesetzten resp. neuen Thatbestände vom Standpunkt der Nationalökonomie.[1] Dies ist oft eine sehr schwierige Aufgabe. Es entsteht leicht die Gefahr, dass man seine Aufmerksamkeit ausschliesslich dem Produktionsstandpunkt zuwendet und die Be-

1) Vgl. z. B. Fälle, wo eingehendere Untersuchungen dieser Art nothwendig sind, oben B. I, Anhang über die imp. necessariae und utiles, Fruchtvertheilung § 41.

deutung der Erscheinung vom Standpunkt der Gütervertheilung nicht bemerkt. Ferner ist die Verwechselung des privatwirthschaftlichen Standpunktes mit dem nationalökonomischen sehr leicht. Die beiden Fehler kommen in der nationalökonomischen Literatur häufig vor. Insbesondere wird diese Wissenschaft nur allmählich Stück um Stück von dem Fehler der Verwechselung des privat- und volkswirthschaftlichen Standpunktes gereinigt, indem man verschiedenen Kategorien der Erscheinungen ihre volkswirthschaftliche Seite abgewinnt und die frühere Theorie dieser Erscheinungen als privatwirthschaftliche überwindet. Die Civilpolitik wird hier besonders viel zu schaffen haben. Dass die Erwägung, wonach eine Vorschrift den Interessen einer der Civilparteien, des Eigenthümers, des Gläubigers, des Klägers etc. entspricht, über den Werth der Vorschrift gar nicht entscheidet, dürfte als theoretischer Satz Allen, auch dem Verfasser des Entwurfes, als selbstverständlich erscheinen. Leider sind aber Anerkennung einer allgemeinen Wahrheit und praktische Bethätigung dieser Anerkennung durch entsprechende Methode des Denkens zwei grundverschiedene Dinge, welche (wie eben der Entwurf mit seinen Motiven oder die Geschichte der induktiven Methode, welche auf höchst einfachen und jedem Verstand zugänglichen Wahrheiten beruht, zeigen) keineswegs immer zusammentreffen. Nicht so prima facie selbstverständlich, aber doch gleichfalls richtig ist der Satz, dass eine Rechtsregel, welche den Interessen der beiden Parteien entspricht, vom nationalökonomischen Standpunkt aus schädlich sein kann (vgl. z. B. oben S. 494, Note).

Auch den Satz, dass das Recht einen wichtigen psychologischen Einfluss auf den Einzelmenschen ausübt und die Massenpsychologie als solche specificirt und auf diese Weise direkt und indirekt das Betragen der Menschen beeinflusst, hat kaum Jemand im Alterthum oder in der neueren Zeit in Abrede gestellt. Keine andere Ansicht hat darüber sicherlich auch der Verfasser des Entwurfes. Ja, es kommen in den Motiven Erwägungen vor, welche auf der Berücksichtigung des psychologischen Einflusses eines Rechtssatzes auf diese oder jene Partei beruhen. Darnach könnte man uns vielleicht einwenden, dass unser Kampf um die Methode gegenstandslos ist, dass der Verfasser derselben Methode folgt, welche wir vertheidigen u. s. w. Dem gegenüber ist zu bemerken: nicht nur die Anerkennung einer allgemeinen Wahrheit, auf welcher die richtige Methode beruht, sondern auch das Vorkommen einzelner

vom Standpunkt dieser Methode richtigen Gedanken bedeutet noch keineswegs, dass man nach richtiger Methode gedacht hat. In verschiedenen Gebieten des menschlichen Wissens haben falsche Methoden oft lange Perioden hindurch geherrscht und den Fortschritt gehemmt. Natürlich kamen auch in diesen Perioden Abweichungen von der üblichen in der Richtung zur besseren Methode vor. Die auf diese Weise gewonnenen Schlüsse waren aber vereinzelte richtige Gedanken, keineswegs aber Zeugnisse dafür, dass die damals herrschende Methode richtig war. Methode ist eine constant wiederkehrende, eine dauernde Denkrichtung.

Was die Motive des Entwurfes anbetrifft, so bilden dort solche Erwägungen, welche man als Zeugnisse der richtigen Methode betrachten könnte, eine sporadische, verhältnissmässig sehr seltene Erscheinung, und zwar sind sie sehr selten nicht nur im Verhältniss dazu, was man in den Motiven finden müsste, wenn der Verfasser der richtigen Methode wirklich folgte (hier wäre überhaupt ein Vergleich unpassend), sondern auch im Verhältniss zum Vorkommen derartiger Erwägungen in den Motiven älterer Gesetzgebungen der Neuzeit, wie z. B. des preuss. Landrechtes. Ja, es ist noch mehr zu behaupten: wenn man die uns interessirenden seltenen Stellen der Motive herausgreift und kritisch analysirt, gewinnt man gerade auf diese Weise die Ueberzeugung, dass der Verfasser politisch zu denken gar nicht gewöhnt ist, dass seine an sich richtige Erwägung nur als ein zufälliger Gedankenblitz in den Motiven figurirt, dass sie keineswegs ein natürliches und nothwendiges Produkt einer richtigen Denkart ist. Zur Veranschaulichung erinnern wir an folgendes Beispiel (oben S. 308):

In den Motiven zum § 595 des E. I heisst es:

„Mit dem geltenden Rechte erklärt der Entwurf den Auftraggeber für verpflichtet, von Geldaufwendungen, nicht aber auch von dem Geldwerthe sonstiger Aufwendungen, Zinsen (5%) von dem Tage der Aufwendung an zu entrichten. Diese Bestimmung empfiehlt sich als eine überaus zweckmässige gerade im Interesse des Auftraggebers, weil in Ermangelung derselben der Beauftragte zweifellos oft sich veranlasst fände, zum Schaden des Auftraggebers nicht in Vorschuss zu gehen.“

Wir haben oben (eod.) gezeigt, dass der Verfasser, obgleich er hier zufällig verstanden hat, welche (unmittelbare) Bedeutung die Zinsenpflicht hat, doch das Gesetz (§ 595 E. I, § 601 E. II) so gebildet hat, als ob er diese Bedeutung nicht verstanden hätte; ab-

gesehen von anderen Fehlern, fällt es schon auf den ersten Blick auf, dass der Verfasser neben der richtigen Bemerkung über die Zinsenpflicht ganz ruhig die Worte setzt: „von Geldaufwendungen, nicht aber auch vom Geldwerth sonstiger Aufwendungen, Zinsen . . .“ Schon hier fehlt wiederum die Methode, welche der Verfasser bei der Begründung der Zinsenpflicht bei Geldaufwendungen gebraucht. Ebenso sieht man die Verleugnung dieser Methode in der Bestimmung der Höhe der Zinsen (5%). Ferner konstatirt man, dass in unzähligen anderen Fällen der Verfasser eine grundverschiedene Methode anwendet, obgleich es sich um ganz analoge Fragen handelt. Wenn es sich bei ihm um die richtige Methode und die wirkliche Beherrschung der entsprechenden Logik handelte, könnte er eine ganze Masse von Paragraphen seines Entwurfes, welche analoge Fragen behandeln, nicht einen Augenblick darin dulden. Ein Blick auf diese Paragraphen würde schon seine Nerven aufregen, sein ästhetisches, ethisches und logisches Gefühl schmerzlich verwunden. Es dürfte jedem klar sein, dass der Verfasser in der angeführten Stelle zufällig richtig argumentirt hat, ohne das Bewusstsein gehabt zu haben, dass er hier eine ganz andere Methode, als in anderen Fällen, gebraucht hat, und dass sie eben die richtige Methode ist, welcher überall zu folgen gewesen wäre. Es handelt sich nicht um eine Beherrschung einer bewussten und als nothwendig anerkannten Methode, sondern um einen vereinzelten Gedanken, welcher von der üblichen Methode des Verfassers unabhängig, ihr zum Trotz in die Motive hineingerathen ist, um einen Gedankenblitz.

Aus der Behauptung, dass der Verfasser des Entwurfes der unrichtigen Methode des Denkens de lege ferenda folgt, ergiebt sich noch nicht der Schluss, dass alle auf diesem Wege gewonnenen Gesetzesvorschläge civilpolitisch falsch sind. Es kann sehr leicht vorkommen, dass die richtige Methode zu denselben Ergebnissen führt, zu welchen schliesslich der Verfasser durch seine das Wesen der Sache nicht treffenden Erwägungen kommt. Man kann nur behaupten, dass der Verfasser in solchen Fällen das Richtige getroffen hat, ohne dessen in Wirklichkeit bewusst zu sein, warum sein Gesetz richtig ist. Wenn z. B. der Gesetzgeber das Wesen und die Bedeutung des Institutes des Schadensersatzes darin sieht, dass die verletzten Interessen des Beschädigten im Falle einer schädlichen Handlung durch die Wiederherstellung seines früheren Vermögenszustandes geschützt werden sollen, so ist von unserem

Standpunkt aus zu behaupten, dass seine Ansicht über den Sinn des Institutes oberflächlich ist, das Wesen der Sache nicht trifft. Die civilpolitische Methode führt zu einer ganz anderen Ansicht über die Bedeutung des Institutes. Darnach äussert sich diese Bedeutung nicht in der Befriedigung der verletzten Interessen von etwaigen beschädigten Privatpersonen, sondern in der Vorbeugung volkswirthschaftlich und sittlich schädlicher Erscheinungen und in der wohlthätigen ethischen Specifikation der menschlichen Seele im Allgemeinen. Da man im Volke allgemein weiss, dass der einem Anderen zugefügte Schaden schliesslich auf das schädigende Subjekt zurückfällt, so wird schon unmittelbar dadurch einer Masse der den Volkswohlstand zersetzenden Handlungen vorgebeugt; viel wichtiger ist aber die mittelbare Wirkung, die Entwickelung und Stärkung der instinktiven Abneigung gegen gewisse Arten des Betragens, des Gefühles der Verantwortlichkeit für eigene Handlungen, der Achtung für fremde Interessen, die Stärkung der Fähigkeit, bösartige Versuchungen oder eigene Nachlässigkeit und Faulheit zu bekämpfen — kurz die Entwickelung und Stärkung der Eigenschaften eines bonus et honestus pater familias. Die Thatsache dagegen, dass im Falle einer Schädigung einer Privatperson durch eine andere eine Summe Geldes aus der Tasche der letzteren in die der ersteren verschoben wird und auf diese Weise das Interesse des Verletzten auf Kosten des Verletzers befriedigt wird, ist an sich vom nationalökonomischen und ethischen Standpunkt aus ziemlich gleichgültig. In den Fällen, wo es wirklich geschehen muss, erweist es sich, dass das Gesetz seine vorbeugende und vor Allem kulturelle Funktion im konkreten Fall nicht erfüllt hat. Also in allen wesentlichen Punkten bestehen zwischen den theoretischen Ergebnissen der beiden Methoden wesentliche Gegensätze: a) nach der einen Ansicht ist die kulturelle und nationalökonomische Wirkung des Institutes die Hauptsache — nach der anderen die Wirkung auf die Geldinteressen der verletzten Privatperson; b) nach der ersteren Ansicht ist die vorbeugende, nach der anderen die wiederherstellende Wirkung wichtig; c) in den Fällen, wo nach der zweiten Ansicht das Gesetz seinen Nutzen äussert, konstatirt die erste, dass dasselbe seine Wirkung verfehlt hat. Und trotz dieser Gegensätze führen die beiden Ansichten zum identischen allgemeinen Rechtsprincip: im Falle der und der Handlungen soll der Verletzer dem Verletzten den Schaden ersetzen. Obgleich das Ergebniss der unpolitischen Denkmethode

auch vom civilpolitischen Standpunkt aus richtig ist, so ist diese Uebereinstimmung doch nur zufällig; der Gesetzgeber hat unbewusst das Richtige getroffen. In anderen Fällen oder Hinsichten muss die mangelhafte Methode zu schlechten Gesetzen führen. Auch bei der Ausbildung des Institutes der Interesseprästation hat die Methode des Verfassers ihren schädlichen Einfluss auf den Entwurf zu üben nicht versäumt. Da nämlich, nach der Ansicht des Verfassers, das Institut die Interessen der durch die schädliche Handlung verletzten Person durch die Wiederherstellung des früheren Vermögenszustandes wahren soll, so ergiebt sich daraus, dass die zu prästirende Summe auch dann nach dem erlittenen Vermögensschaden bemessen wird, wenn der Verletzer, z. B. der deliktmässige Besitzer, einen grösseren Gewinn, als diese Summe beträgt, erzielt hat. Diesem Princip folgt in der That der Entwurf (vgl. oben S. 102 fg.) und stellt auf diese Weise ein gutes Zeugniss für die konsequente Denkweise des Verfassers aus. Das Ergebniss ist indessen civilpolitisch verfehlt. Das römische Recht ist mit gutem Grund einem entgegengesetzten Princip gefolgt und liess den Delinquenten vor Allem das ganze lucrum ex re aliena, die fructus percepti, erstatten. Durch die Belassung solcher Vortheile bei dem Delinquenten zerstört der Verfasser zum Theil mit der einen Hand dasjenige Gute, welches er unbewusst mit der anderen Hand geschaffen hat.[1]

9. Obgleich die obige (sub 8) Ausführung uns grundsätzlich vom Eingehen auf die einzelnen Arten der „praktischen Er-

---

1) Der Verfasser hat also in seiner Lehre vom Schadensersatz zweimal den oben (S. 495 fg.) gerügten methodologischen Fehler (der beiden ersten Arten) begangen. — Natürlich bezwecken die Bemerkungen des Textes keine erschöpfende Kritik der Schadensersatzlehre im Entwurf zu liefern. Andere Mängel haben wir durch die Lehre über das fingirte Einkommen und in unserer Bekämpfung der herrschenden Schadensersatztheorie (welcher der Entwurf folgt) oben (S. 393 fg.) angedeutet. Im Allgemeinen müsste die Lehre einer sorgfältigen Revision besonders vom Standpunkt ihres Einflusses auf die Vertheilung der Güter unterzogen werden. Der Satz — der erlittene Schaden soll ersetzt werden — weist eine bedenkliche plutokratische Tendenz auf: je grösser das beschädigte Vermögen, desto grösser ceteris paribus der Schaden. Das Princip einer richtigen Schadenersatzpolitik wäre, unter Wahrung eines je nach dem Zustande der Kultur genügenden psychischen Druckes, der übermässigen Erschütterung des Vermögens der Ersatzpflichtigen nach Möglichkeit vorzubeugen.

Es ist noch zu beachten, dass die unrichtige Ansicht über den Schadensersatz zur Tendenz führt, das römische Princip der Verschuldung zu verlassen, und eine principiell unnöthige und vom nationalökonomischen Standpunkt schädliche Ausdehnung der Verantwortlichkeit für casus zu verschaffen, was im Allgemeinen eine „Abwälzung der Last von den stärkeren auf die schwächeren Schultern“ (oben S. 431 fg.) bedeutet.

wägungen“ oder „Billigkeitsrücksichten“ etc. des Verfassers befreit, so möchten wir hier doch einige Bemerkungen in dieser Richtung hinzufügen. Unter den praktischen Rücksichten des Verfassers spielen eine besonders hervorragende Rolle die Erwägungen darüber, wie ein Rechtsprincip auf praktische Rechtsfälle angewendet werden kann, ob dabei nicht praktische Schwierigkeiten, z. B. die Schwierigkeit des Beweises oder der Unterscheidung, unter welches Gesetz die vorliegende species facti gehört etc., entstehen; die praktische Weisheit des Verfassers, welche sich dabei äussert, ist der Art, wie sie durch die Theilnahme an Prozessen, sei es als Richter oder als Rechtsanwalt, gewonnen wird, oder zu welcher man kommt, wenn man von der Seite die gerichtliche Praxis beobachtet, oder sich als Richter oder Rechtsanwalt vorstellt und darüber nachdenkt, bei welchen Bedingungen es leichter wäre, den Anspruch siegreich durchzuführen oder für die Rechtsstreitigkeit die Entscheidung zu finden. Wir leugnen nicht, dass solche praktische Erwägungen und Rücksichten bei der Abfassung eines Gesetzbuches unentbehrlich sind. Auch die zukünftige Wissenschaft, die Civilpolitik, wird auf manches schöne Postulat verzichten müssen, wenn der prozessualen Durchführung desselben unüberwindliche praktische Schwierigkeiten im Wege stehen, manches Theorem wird sie in Rücksicht auf die Verwirklichung desselben in der gerichtlichen Praxis nur in modificirter und abgeschwächter Gestalt zur Durchführung empfehlen. Die Entwickelung der Civilpolitik wird aber zugleich der Gefahr vorbeugen, dass durch kleinliche praktische Rücksichten grosse und werthvolle Rechtsideen verkümmert und verzerrt werden. Sie wird dem Wahn vorbeugen, dass man das Wesen und die Bedeutung eines Rechtssatzes oder Institutes verstanden, wenn man darüber irgend eine praktische Erwägung ausgesprochen hat. Gewiss, es wäre sehr leicht, über jeden Rechtssatz viel Praktisches zu sagen. Jeder Rechtssatz des Vermögensrechtes gewährt einer der Parteien irgend einen materiellen Vortheil. Man kann also leicht die praktische Bedeutung des Satzes dadurch konstatiren, dass man hinweist, warum und wie der Satz den praktischen Interessen dieser Partei entspricht. Ferner wird dieser Vortheil bei gewissen Voraussetzungen (Thatbeständen) gewährt. Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen muss nachgewiesen werden. Man kann also daran die Erörterung darüber knüpfen, ob der Beweis leicht oder schwer zu erbringen sei, ob der Thatbestand leicht von anderen ähnlichen unterscheidbar sei,

ob es nicht besser wäre, für den obligatorisch oder dinglich Berechtigten eine Beweiserleichterung zu schaffen, ob dadurch das Interesse des Eigenthümers, des Gläubigers nicht besser geschützt werde.

Die meisten Vorschriften des Entwurfes über die gesetzlichen Zinsen verfolgen den sehr praktischen Zweck, dem Gläubiger den Nachweis des erlittenen Schadens zu erleichtern oder zu ersparen. Diese Argumentation wird sogar in ganz unpassenden Fällen angewendet, wo es sich in Wirklichkeit gar nicht um die Interesseprästation handelt (wie z. B. bei den usurae fictae). Als an einen besonders charakteristischen Fall erinnern wir an die Argumentation der Protokolle der zweiten Lesung für die Prozesszinsen: „Die Anerkennung des Anspruches auf Prozesszinsen biete den grossen Vortheil, dass sie, soweit es sich nur um die Zahlung von Zinsen handle, den Streit darüber, ob der Schuldner die Verzögerung der Leistung zu vertreten habe oder nicht, abschneide.“ Als Parallele dazu haben wir den Satz aufgestellt: „Alle von der Polizei als Diebe denuncirten Personen sollen ohne Weiteres als Diebe verurtheilt werden. Der Vortheil eines solchen Gesetzes besteht darin, dass man nunmehr nicht mehr lange zu verhandeln hat, ob der Betreffende wirklich gestohlen hat oder nicht.“ Diese Parallele gilt nicht nur für diesen Fall, sondern für viele „praktische Rücksichten“ des Verfassers. Aehnlichen Werth hat z. B. die Erwägung, welche zur Unterstellung des honorirten mandatum unter die Regeln der locatio-conductio im zweiten Entwurf geführt hat (oben S. 382 fg.).[1]

1) Oder diejenige Erwägung der Motive der ersten Lesung, welche nach Ansicht des Verfassers über die relative Bedeutung des Gewohnheitsrechtes und der Gesetzgebung entscheidet (M. B. I S. 8). Darnach leidet das Gewohnheitsrecht an Unbestimmtheit. „Die Folgen dieser Unbestimmtheit sind einerseits Schwierigkeit der Feststellung, verbunden mit Häufung und Verwickelung der Prozesse, andererseits Ungleichmässigkeit der Anwendung, je nachdem der Beweis im einzelnen Falle gelingt oder nicht gelingt.“ ... Hier wird gleichfalls das Wesentliche (das Verhältniss der Gesetzgebung und des Gewohnheitsrechtes zur volkswirthschaftlichen und ethischen Mission des Civilrechtes, vgl. oben S. 494 Anm.) übersehen und durch „praktische Rücksichten“ ersetzt. Dabei wird ausserdem das Recht so beurtheilt, als ob seine „Praktikabilität“, die Leichtigkeit seiner technischen Beherrschung für die Juristen die Hauptsache wäre und als ob das Wesen und die Bedeutung des Rechtes hauptsächlich in den Gerichten zur Erscheinung käme. Nur vom Standpunkt solcher Anschauungen kann man das Gewohnheitsrecht so entschieden und absolut wegen der Unbestimmtheit und der Schwierigkeit der Feststellung verurtheilen. Denn diese Schwierigkeit der Feststellung existirt namentlich für Juristen, Theoretiker und Richter, welche das geschriebene Recht in ihrem Arbeitszimmer auf Grund ihrer

10. Indem die Sätze des Vermögensrechtes einer der beiden Parteien die Förderung ihrer Interessen gewähren, haben sie zugleich eine Kehrseite für die andere Partei. Was für den nach dem betreffenden Rechtssatze Berechtigten ein Plus ist, bildet ein Minus für den Verpflichteten. Je besser wir die Interessen des Gläubigers schützen, desto schwerer wird die Lage des Schuldners. Wenn wir dies nicht berücksichtigen und einseitig die Interessen der Eigenthümer, der Gläubiger... im Gesetzbuch vertreten, so giebt es keine Grenze für die Verschärfung der Macht des Eigenthums, des Gläubigerrechtes, im Allgemeinen des Privatkapitals. Wie ist diese Grenze zu finden? Mit der Erwägung, dass diese Vorschrift das Interesse des Gläubigers, jene das des Eigenthümers ... schützt, mag eine solche Erwägung auch besonders praktisch sein, könnte man darum thatsächlich nicht einmal bei der Erklärung eines positiven Rechtes auskommen, geschweige denn bei der Abfassung eines Gesetzbuches. Eine natürliche und nothwendige Vervollständigung der Rücksichten der obigen Art bildet die Abwägung der entgegengesetzten Interessen der Parteien, die Entscheidung der Frage, welches Interesse zu vertreten ist. Dieser Erscheinung entsprechen die Billigkeitsrücksichten in den Motiven und Protokollen, und nunmehr stehen wir vor der Frage, ob den Entscheidungen des Entwurfes aus „Rücksichten der Billigkeit" ein bewusster oder vielmehr ein unbewusster Ursprung zuzuschreiben ist. Die Frage ist zweifellos im letzteren Sinne zu ent-

---

Bücher sehr leicht technisch beherrschen und von diesem Standpunkt aus dem Gewohnheitsrechte vorziehen. Das Volk beherrscht dagegen sein Gewohnheitsrecht leichter, als den Inhalt eines Gesetzbuches. Im Gerichte freilich nützt dies nicht, weil es sich hier um die Feststellung des Gewohnheitssatzes seitens des Richters handelt. Die Bedeutung und die Mission des Rechtes ist aber nicht darnach zu beurtheilen, was in den Gerichten geschieht, und das Recht existirt nicht für die Juristen, sondern für das Volk. Vom Standpunkt der Leichtigkeit der technischen Beherrschung des Rechtes (seitens des Volkes) würden wir daher dem Gewohnheitsrechte vor der Gesetzgebung (jedenfalls vor solchen unvolksthümlichen Gesetzbüchern, wie sie jetzt fabricirt werden) den Vorzug geben. Es kommen aber, wie gesagt, tiefere Erwägungen in Betracht. Ausserdem wird die Civilpolitik den Inhalt des Rechtes sehr vereinfachen und dem Volke zugänglicher machen (einen wichtigen Beweis dafür wird der vierte Theil dieses Bandes liefern). Sie wird auch die allgemeine Ueberzeugung schaffen, dass das Recht auch in die Volksschule gehört. Freilich werden die Kinder nicht darüber unterrichtet werden, wie eigenthümliche Rechtsfälle zu analysiren oder wie Prozesse geschäftsmässig zu führen oder zu entscheiden sind. Die grossen und darum einfachen Ideen und Ideale des Rechtes müssen aber den Kindern in der Schule eingeimpft werden, damit ihr Weg im Rechtsleben, im Allgemeinen ihr Leben durch ein hohes und warmes Licht erleuchtet wird.

scheiden. Wenn wir einen Rechtssatz nicht anders rechtfertigen können, als dadurch, dass wir behaupten, er entspreche der Billigkeit, so sprechen wir geradezu aus: „Wir können nicht sagen, warum das Gesetz angerathen ist, wir fühlen aber instinktiv, dass es ein gutes Gesetz ist." Eine Billigkeitserwägung ist eigentlich keine Erwägung im Sinne der logischen Verarbeitung von Begriffen und Sätzen und Gewinnung von logischen Schlüssen, sondern vielmehr Konstatirung des Vorhandenseins eines Gefühles oder eines instinktiven Triebes. Es würde uns zu weit führen, wenn wir hier etwa eine psychologische Analyse derjenigen Vorgänge liefern wollten, welche als Billigkeitserwägung, Rechtsbewusstsein u. s. w. charakterisirt werden. Dass es sich bei den Entscheidungen de lege ferenda aus Billigkeitsrücksichten nicht um bewusste Schlüsse handelt, sondern vielmehr nur um subjektive Gefühle, Rechtsinstinkte, davon kann man sich schon leicht überzeugen, wenn man einige Stücke der Motive oder Protokolle, welche von den Rücksichten der Billigkeit sprechen, auf's Gerathewohl herausgreift und die dort abgespiegelten psychischen Vorgänge beobachtet. Man wird zunächst merken, dass die Rechtfertigung eines Satzes aus Rücksichten der Billigkeit immer sehr kurz ist und zwar besteht sie immer aus einem Satze: „Diese Vorschrift entspricht der Billigkeit", „die Billigkeit erfordert, dass dieser oder jener Partei dies oder jenes gewährt wird"; „aus Gründen der Billigkeit ist zu entscheiden..."; „dies wäre aber unbillig, man muss vielmehr entscheiden, dass ..." Daraus ersieht man, dass die Begründung eines Satzes durch den Hinweis auf die Billigkeit nichts weiter als eine nackte Behauptung, Betheuerung ist. Wenn wir den Verfasser fragten, warum der betreffende Satz der Billigkeit entspricht, wenn wir von ihm eine Begründung seiner Behauptung über die Billigkeit oder die Unbilligkeit eines Satzes forderten, könnte er uns keine Antwort ertheilen. Natürlich, weil die Frage selbst ganz unpassend wäre. Durch den Satz: „Dies entspricht der Billigkeit" hat er uns das Vorhandensein eines bestimmten Gefühles, eines instinktiven Triebes in seiner Seele mitgetheilt. Das Gefühl lässt sich aber logisch nicht begründen; man könnte nur etwa von den historischen Ursachen desselben sprechen, vom Einfluss der Erziehung, des Temperamentes, der herrschenden Anschauungen etc.

In einigen übrigens seltenen Fällen spricht zwar der Verfasser des Entwurfes seine Billigkeitsrücksichten so aus, als ob er zugleich

den Grund angäbe, warum seine Vorschrift billig sei oder eine entgegengesetzte Vorschrift unbillig wäre. Indessen handelt es sich in solchen Fällen in Wirklichkeit nur um die Wiederholung seiner Behauptung in verschiedenen Formen, sei es in einer allgemeineren oder in einer specielleren Gestalt. Man kann von einem solchen Verfahren keineswegs sagen, dass es zweck- und sinnlos ist. Auf diese Weise kann erreicht werden, dass beim Leser oder beim Hörer, auf welchen die Betheuerung, dass der betreffende Satz billig oder unbillig sei, keinen genügenden Eindruck gemacht hat, d. h. das erwünschte Billigkeitsgefühl nicht erregt hat, durch die Wiederholung der Betheuerung in einer anderen Form dieses Gefühl doch erzeugt wird. Sehr zweckmässig ist in solchen Fällen der Uebergang von einer abstrakten zu einer konkreteren Form der Behauptung. Besonders leicht kann man aber den Leser oder den Hörer von der Billigkeit oder Unbilligkeit eines Satzes überzeugen (bei ihm das Gefühl der Zufriedenheit oder Unzufriedenheit mit einem Satze erregen), wenn man ihm solche wirklich geschehene oder fingirte konkrete Fälle vor Augen führt, bei welchen die Lage derjenigen Partei in concreto, für welche wir in abstracto plaidiren, unser Verständniss und unsere Sympathie zu erregen geeignet ist.[1] Ein solches Experiment kann man auch mit sich selbst anstellen. Wenn man nicht weiss, ob eine Rechtsregel zu billigen oder zu tadeln ist, setzt man seine Phantasie in Bewegung und lässt dieselbe konkrete Fälle entsprechender Art produciren, indem man dabei die Gefühle beobachtet, welche durch diese Phantasiebilder hervorgerufen werden. Wenn man konstatirt, dass man bei der gedachten Anwendung des fraglichen Satzes auf konkrete Fälle ein Gefühl der Entrüstung erlebt hat, sagt man: der Satz ist offenbar höchst unbillig u. s. w. Natürlich können die auf diese Weise gewonnenen Urtheile je nach der Lebensstellung, der Erziehung, ja nach dem augenblicklichen Gemüthszustand der urtheilenden Personen zur Zeit des beschriebenen psychischen Vorganges trotz der Identität der Methode sehr variiren. Die in Bewegung gesetzte Phantasie wird bei der einen Person anders geartete konkrete Fälle produciren, als bei einer anderen, und die ganz analogen konkreten Fälle werden verschiedene

1) Daraus ersieht man unter Anderem, welche volkswirthschaftliche Bedeutung die Methode des Rechtsgefühls und der Billigkeit je nach der socialen Stellung des Rechtserfinders haben kann.

psychische Reaktionen bei verschiedenen Personen ins Leben rufen.[1]

Dieselbe Methode, welche wir als Methode der Rechtsgefühlsprobe bezeichnen können, erblicken wir auch in denjenigen Fällen, wenn Jemand die Ueberzeugung von der Billigkeit eines Satzes durch den Uebergang von konkreteren zu abstrakteren Behauptungen ins Leben zu rufen sucht. Wenn wir z. B. Jemanden überzeugen wollen, dass es billig sei, dem Inhaber eines fremden Grundstückes die von ihm gemachten impensae voluptuariae ersetzen zu lassen, können wir an ihn eine allgemeinere Frage richten: „ist es denn billig, wenn Jemand ohne irgend welches Verdienst seinerseits, ohne irgend welchen Grund, sich auf Kosten eines Anderen bereichert?“ Wir glauben, dass man durch diese psychologische Manipulation sehr viele Leute für den fraglichen Rechtssatz gewinnen könnte. Nichts Anderes, als eine Wiederholung der Behauptung über die Billigkeit des zu empfehlenden Satzes ist z. B. in dem scheinbaren Nachweis zu erblicken, welchen die Protokolle der zweiten Lesung für die Billigkeit der Regel des zweiten Entwurfes über die Prozesszinsen liefern. Darnach ist es darum billig, den gutgläubigen Beklagten in Bezug auf die Zinsen als Schuldner im Verzug zu behandeln, weil „der Schuldner müsse, auch wenn er im redlichen Glauben, zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein, sich auf den Prozess einlasse, billiger Weise dem Gläubiger für die Nutzung Ersatz leisten, die er ihm während der Dauer des Prozesses vorenthalte, er handle, wenn er es auf die richterliche Entscheidung ankommen lasse, auf seine Gefahr.“ Es ist eine Selbsttäuschung, wenn der Verfasser glaubt, dass er auf diese Weise nachgewiesen oder erklärt hat, dass oder warum das vorgeschlagene Gesetz billig ist. Er hat nur das quod erat demonstrandum in der Form von drei Behauptungen, von welchen jede nachfolgende eine allgemeinere Gestalt hat, als die vorhergehende, ausgesprochen. Dabei ist diese Rechtsgefühlsprobe höchst ungeschickt ausgeführt, so dass sie das vorgeschlagene Gesetz eher kompromittirt, als im günstigen Lichte erscheinen lässt. Es entsteht sogleich die Frage, warum denn der Verfasser des Entwurfes die allgemeinen Sätze, welche er hier als billig hinstellt, im Ent-

1) Von der beschriebenen u. E. höchst unzulänglichen Methode ist selbstverständlich die Illustration der allgemeinen logischen Schlüsse durch konkrete Beispiele zu unterscheiden. Gegen dieses Verfahren haben wir natürlich nichts einzuwenden.

wurfe selbst verleugnet. Es ist ja ein offenbarer Widerspruch: hier heisst es, dass der Kläger die ihm während des Prozesses entgangenen Nutzungen billigerweise beanspruchen kann; im Entwurfe selbst heisst es: nein, das darf er nicht; es gilt vielmehr eine entgegengesetzte Regel, und nur in Bezug auf die Zinsen ist eine Ausnahme anerkannt. Weiter heisst es hier: es ist billig, dass der redliche Beklagte das periculum während des Prozesses trage. Im Entwurfe selbst heisst es: nein, es gilt eine entgegengesetzte Regel; der Beklagte, welcher nicht im Verzug ist, soll vom periculum frei sein. Auf solche Weise entsteht der Anschein, als ob der Verfasser des Entwurfes eine psychologische Falle für die naiven oder unaufmerksamen Leute gestellt habe, wobei er ad hoc Behauptungen zusammenstellt, welchen er selbst keinen Glauben schenkt.

Solche scheinbare logische Schlüsse über die Billigkeit sind indessen, wie gesagt, auch in den Motiven und Protokollen des Entwurfes eine seltene Ausnahme. Gewöhnlich wird die Thatsache, dass es sich um eine nackte Betheuerung über das subjektive Gefühl des Verfassers handelt, durch keine Scheinargumentationen verschleiert.

In den Motiven der ersten Lesung spricht zu uns eine Person; in den Protokollen der zweiten Lesung finden wir dagegen oft zwei Stimmen entgegengestellt, diejenige der Minorität der Kommission und diejenige der Majorität. Hier kann man nun folgende eigenthümliche Erscheinung beobachten: Die eine Stimme sagt: „Dieser Satz wird durch die Billigkeit gefordert“; die andere dagegen lautet: „Nein, dieser Satz ist unbillig, der entgegengesetzte entspricht vielmehr der Billigkeit.“ In solchen Fällen ist natürlich kein Abwägen der Gründe pro et contra möglich. Man kann hier sagen: „de gustibus non est disputandum“. Nur die Abstimmung und die Zählung der Stimmen pro et contra oder das Loos kann in solchen Fällen entscheiden, welches Gesetz billig, welches unbillig ist. Dasselbe geschieht, wenn zwar ebenso die Majorität wie die Minorität eine gewisse Billigkeitsrücksicht anerkennen, eine Meinungsverschiedenheit oder Zweifel aber darüber entsteht, „wie weit man in der Anerkennung der betreffenden Billigkeitsrücksicht zu gehen hat“. Nach der einen Ansicht ist „nicht so weit zu gehen; dies würde zu weit tragen“; nach der anderen soll man weiter gehen; nach dem dritten Antrag soll man noch weiter gehen etc.

Das über die Billigkeitsrücksichten der Motive Ausgeführte beschränkt sich keineswegs auf diejenigen Fälle, wo in den Motiven und Protokollen das Wort „Billigkeit“ gebraucht wird. Dasselbe bezieht sich gleichfalls auf die Rechtfertigung der Gesetze durch die Forderungen des Rechtsgefühls, der materiellen Gerechtigkeit und dgl. Dasselbe bezieht sich auch auf viele Fälle, wo der Verfasser keinen Ausdruck dieser Art gebraucht, im Allgemeinen keine besondere Rechtfertigung seines Vorschlages für nöthig hält, weil es ihm selbstverständlich scheint, dass der Vorschlag der Billigkeit entspricht. Eine analoge Kategorie der Motive bilden zum grossen Theil „die Natur der Sache“, „innere Gründe“, „praktische Rücksichten“. In vielen Fällen nämlich, wo solche Ausdrücke vorkommen, ersieht man, dass der Verfasser unangenehm überrascht wäre, wenn man ihn fragte, worin in diesem Falle die „Natur der Sache“ besteht, was für „innere Gründe“ oder „praktische Rücksichten“ für den Satz sprechen. Es ist meistens in solchen Fällen klar, dass der Verfasser sich darunter keinen bestimmten und bewussten Grund vorstellt, dass er nur auf diese Weise den Anderen mittheilt, dass sein Rechtsgefühl für oder gegen den fraglichen Satz spricht. Vielleicht handelt es sich in derartigen Fällen der „inneren Gründe“, der „Natur der Sache“, der „praktischen Rücksichten“ um eine andere Seite des instinktiven Rechtsgefühls, als bei den „Rücksichten der Billigkeit“. Vielleicht passt auf die sich hier äussernde Seite des Rechtsgefühls mehr die Bezeichnung „praktisches Taktgefühl“, „Gefühl der praktischen Richtigkeit“, „praktischer Instinkt“ . . . als die Bezeichnung „Billigkeitsinstinkt“. Für unsere Frage nach der unbewussten Natur des Rechtes des Entwurfes ist dies gleichgültig. Ob der Verfasser seinem praktischen Takte oder seinen Billigkeitsgefühlen bei der Auswahl der Rechtssätze folgt, ist für uns ganz gleich, denn die Produkte der beiden Methoden sind gleich unbewussten Ursprungs.

Endlich sind nach unserer Meinung auch die meisten *scheinbar durch die juristische Konstruktion oder praktische Erwägungen gewonnenen Sätze des Entwurfes in Wirklichkeit auf das unbewusste Rechtsgefühl des Verfassers als auf ihre wahre Ursache zurückzuführen*. Der Verfasser fühlt unmittelbar, dass dieser oder jener Satz Recht sein soll, er nimmt ihn in den Entwurf auf und hält sich für verpflichtet, in den Motiven eine Begründung und Rechtfertigung desselben zu liefern und den Schein

herzustellen, als ob er zu dem betreffenden Satz auf dem Wege der Deduktion aus irgend welchen höheren Prämissen gekommen sei. Wenn man die Motive liest, fühlt man sehr oft sein ästhetisches Gefühl durch eine solche (übrigens ganz unschuldige und naive) Hypokrisie verletzt. Da der Verfasser so und nicht anders in Wirklichkeit aus ganz anderen Gründen entscheidet, als diejenigen, welche er in den Motiven oder Protokollen anführt, so macht seine Argumentation den Eindruck eines gesuchten, sophistischen, künstlichen Raisonnements. Oft wird ein sehr vernünftiger und richtiger Satz durch eine ganz klägliche Argumentation in den Motiven unterstützt. Prima facie könnte man sich wundern, wie es kommen kann, dass der Verfasser mittelst so schlechter Argumentationen zu vollkommen richtigen Sätzen kommt. Das Räthsel löst sich einfach, wenn wir berücksichtigen, dass der Verfasser bei der Aufstellung des Satzes seinem in diesem Falle richtigen Rechtsinstinkt gefolgt ist und nach den logischen oder praktischen Gründen dafür nachher gesucht hat.

Da wir nach dem oben Ausgeführten dem unbewussten Rechtstakt, dem Billigkeitsinstinkt des Verfassers eine höchst bedeutsame Rolle bei der Abfassung des Entwurfes zuschreiben, so halten wir auch die Frage nach dem Charakter, nach der allgemeinen Richtung dieses Instinktes, wie sie sich im Entwurfe äussert, für die Charakteristik und das Verständniss des zukünftigen Gesetzbuches für sehr wichtig. Wir haben schon an vielen Stellen unserer Darstellung die merkwürdige Erscheinung konstatirt, dass die Billigkeitsinstinkte des Verfassers oft einen eigenthümlichen Charakter der für das Wohl der Allgemeinheit schädlichen ökonomischen Rücksichtslosigkeit, ja der Grausamkeit aufweisen. So z. B. haben wir gesehen, dass der Entwurf durch viele Bestimmungen im Gebiete des Zinsenrechtes eine systematische Besteuerung der Schuldner zu Gunsten der Geldgläubiger einführt und entsprechende Massregeln durch Rücksichten der Billigkeit rechtfertigt. Damit erhöht man die Macht der Mächtigen zum Schaden der schwächeren Elemente, verschärft die an sich schon sehr scharfen Waffen des Geldkapitals im ökonomischen Kampfe und wirkt der sonst vom Staate angestrebten Milderung der socialen Gegensätze entgegen.

Diese einseitige Bevorzugung der Stärkeren ist keineswegs eine vereinzelte und zufällige Erscheinung, sie bildet vielmehr ein Symptom der allgemeinen instinktiven Richtung der Billigkeitsrücksichten

des Verfassers. Um diese Behauptung zu erhärten, wollen wir hier kurz die Waffen überblicken, welche der Entwurf dem Gläubiger auf den Fall verleiht, wenn der Schuldner in missliche Vermögenslage geräth oder sonst nicht im Stande ist, zur rechten Zeit seine Schuld zu bezahlen. Ein Ueberblick der hierher gehörigen Vorschriften wird zugleich die oben gelieferte Kritik des Zinsenrechtes des Entwurfes in manchen Punkten vervollständigen; so z. B. werden wir uns überzeugen, dass die den Schuldner benachtheiligende Regelung der Verzugszinsen eine grössere Tragweite nach dem Entwurfe hat, als sie nach dem römischen Rechte gehabt hätte, desgleichen, dass die verkehrte Regelung der Zinsenfrage beim Rücktritt vom Vertrag im Entwurfe einen viel grösseren Schaden anrichten muss, als dies nach irgend welchem anderen Rechte zu erwarten wäre, weil nach Einführung des Entwurfes als Gesetzbuch der Rücktritt vom Vertrage zu einer Epidemie zu werden droht, jedenfalls eine viel häufigere Erscheinung bilden wird, als nach irgend welchem anderen Civilrechte. Ausserdem giebt es noch zwei andere Momente, welche uns das angekündigte Thema hier zu berühren veranlassen: a) In den Gebieten, welche wir in der „Fruchtvertheilung“ und der „Lehre vom Einkommen“ bisher behandelten, enthält der Entwurf meistens nur eine (schlechte, weil ohne wissenschaftliches Verständniss der nachzuahmenden Institute ausgeführte) Kompilation aus dem römischen Rechte. Zur Vervollständigung der Charakteristik des Zustandes der modernen Gesetzgebungskunst ist es nun interessant, kennen zu lernen, auf welche Weise der Verfasser „über das römische Recht hinaus“ fortschreitet. Zu diesem Zweck eignet sich kein anderer Theil des Entwurfes in solchem Masse, wie die erwähnte Regelung des Verhältnisses zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger. Das Obligationenrecht des Entwurfes enthält zugleich das römische Recht und einen wichtigen Fortschritt gegenüber dem römischen Recht in dem zu betrachtenden Gebiete. b) Im Gebiete der Zinsenlehre haben wir konstatirt, dass der zweite Entwurf die Interessen der Geldgläubiger den Schuldnern gegenüber eifriger besorgt, als der erste Entwurf. Diese Erscheinung betrachten wir gleichfalls nicht als zufällig, sondern als symptomatisch. Die nachfolgende Erörterung wird auch dafür eine Bestätigung liefern.

---

11. Ueberblick der Waffen, welche der zweite Entwurf dem Gläubiger auf den Fall verleiht, wenn der Schuldner in missliche Vermögenslage geräth oder sonst nicht im Stande ist, zur rechten Zeit seine Schuld zu bezahlen.

Wenn wir die Fälle betrachten, in welchen die eine von den zwei Parteien über genügende Vermögensmittel verfügt, um ihre Verpflichtungen leicht zu jeder Zeit zu erfüllen, die andere Partei dagegen zu derjenigen sehr zahlreichen Klasse der Menschen gehört, für welche der Kampf um die Existenz sehr schwer ist, welche sich mit Mühe über Wasser halten und oft in ökonomische Verlegenheiten gerathen, so bemerken wir, dass der Entwurf auf Schritt und Tritt den Siegern im allgemeinen ökonomischen Kampfe neue Waffen, neue Macht verleiht, die Lage der Besiegten dagegen verschlimmert, dem Sinkenden nur das Ertrinken, nicht aber die Rettung erleichtert. Solche neue Waffen zum Verderben derjenigen Partei, welche in Vermögensverlegenheiten geräth, sind für alle möglichen Stadien des Schuldverhältnisses geschaffen; überall bemerken wir einen gewaltigen „Fortschritt“ gegenüber dem römischen Rechte:

a. Die Partei in Verlegenheit ist postnumerando verpflichtet, d. h. sie soll erst später, nach dem Empfang der ihr gebührenden Leistung, ihrerseits zahlen. Ueber diesen Fall heisst es:

§ 272 (E. II). „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages eine wesentliche, den Anspruch auf die Gegenleistung gefährdende Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Theiles eintritt, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.“

Die Protokolle der zweiten Lesung (welcher dieser Fortschritt gegenüber dem römischen Rechte zu verdanken ist) enthalten keine Würdigung der zu erwartenden volkswirthschaftlichen Folgen des Gesetzes, sondern verweisen auf die Anschauungen des Verkehrs und die Billigkeit. „Diese den Anschauungen des Verkehrs und der Billigkeit entsprechende Neuerung . . .“ Wenn wir uns ausschliesslich auf die Seite desjenigen, welcher im betreffenden Falle vorzuleisten hat, stellen, so erscheinen uns die Billigkeitsrücksichten des Verfassers erklärlich. Der Egoismus der gefähr-

deten Partei empört sich gegen die Pflicht, den Vertrag trotz der schlechten Verhältnisse des Mitkontrahenten zu erfüllen: „Wenn meinem Mitkontrahenten das Unglück passirt ist, so soll er auf andere Weise für sich sorgen, warum soll ich dem Risiko unterworfen werden?“ Der Gesetzgeber soll aber über den Parteien stehen und das bonum publicum allein erstreben.

Die Wirkung des vorgeschlagenen Gesetzes ist unseres Erachtens zweifellos dahin zu charakterisiren, dass dadurch die Zahl der Konkurse und der Fälle sonstigen Vermögensverfalls (des langsamen Siechthums der Wirthschaft) vergrössert wird, dass darnach viele Leute, für welche sonst die Rettung sehr möglich oder sogar sehr leicht wäre, zu Grunde gerichtet und zu Proletariern gemacht werden. Die Mehrheit der Producenten ist nicht so gut situirt, dass sie gegen etwaige ihre Wirthschaft betreffende Krisen durch genügenden Vorrath an mobilem Kapital gesichert wären. Tritt eine Missernte, ein bedeutendes Sinken der Preise, eine vorübergehende Schwierigkeit des Absatzes und dgl. ein, und die mehr oder weniger gefahrdrohende Vermögenskrisis ist da. Der Entwurf schafft nun für einen solchen Fall ein Ausnahmerecht, genauer eine Rechtslosigkeit für die Wirthschaft, welche die Krisis zu überstehen hat. Die Kontrahenten können jetzt die Erfüllung der übernommenen Pflichten versagen. In wie vielen Fällen wird die Krisis eben in Folge dieser neuen Verlegenheit zu einer tödtlichen! Dem kranken und schwachen Organismus wird plötzlich die Nahrung verweigert. Die Erscheinung, dass der Produzent die zur Produktion nöthigen Leistungen (z. B. die nöthigen Rohstoffe, Räumlichkeiten etc.) postnumerando, z. B. einige Monate nach der Erfüllung, bezahlt, ist für viele Wirthschaften eine Lebensbedingung. Die Zahlungstermine entsprechen der Zeit, wo die Wirthschaft flüssiges Kapital hervorbringt. Ohne periodische Stütze des Kredites könnten die meisten Wirthschaften absolut nicht funktioniren. Während der Krisis ist nun dem Producenten höchst schwierig, neue vertragslustige Personen (auch Bürgen) zu finden. Die kontraktsmässig gesicherten Leistungen werden aber versagt. Die Wirkung davon ist desto mehr unheilbringend und vermögenszerstörend, als die Verweigerung der Leistung zur unrechten Zeit überraschen kann, wenn die Leistung eben augenblicklich nöthig ist, oder wenn es schon zu spät ist, auf anderem Wege Vorsorge zu treffen. Der Entwurf stellt ja in dieser Hinsicht keine Beschränkungen auf. Es ist auch zu beachten, dass der

§ 272 viele Fälle falschen Alarmes erzeugen muss. Oft entstehen unbegründete Gerüchte über die „Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen“ einer Person. Wenn nun einige furchtsame Kontrahenten in Folge dessen ihre Weigerung, den Kontrakt zu erfüllen, erklären, so gewinnt der unbegründete Verdacht in den Augen des Publikums einen neuen Nährboden und erzeugt für den Betroffenen neue gefährliche Komplikationen.

Die durch den § 272 betroffenen Personen können auch zum Opfer eigennütziger Spekulationen werden. Der Kontrahent kann die Erfüllung des Kontraktes auch dann verweigern, wenn er beim Kontraktsabschluss die prekäre Lage des anderen Theiles in Betracht gezogen und in der Gegenleistung ein entsprechendes praemium periculi sich gesichert hat. Wenn die befürchtete Verschlechterung nicht eintritt, ist praemium periculi gewonnen. Wenn sie eintritt, verweigert er die Erfüllung. Daher ist die Vorschrift, insofern sie sich auch auf die Fälle erstreckt, wenn der Kontrahent die Verschlechterung vorausgesehen hat oder voraussehen konnte, besonders verwerflich. Die Ausbeutung ist übrigens auch in den Fällen der unerwarteten Verschlechterung nicht ausgeschlossen. Wenn der in Vermögensverlegenheiten gerathene Theil von der plötzlichen Verweigerung der Erfüllung für sich einen ökonomischen Todesstoss sieht, gewinnt der andere Theil eine bedenkliche ökonomische Macht; er kann die Gegenpartei die „gnädige“ Erfüllung des Versprechens durch wucherische pacta erkaufen lassen. Wenn wir noch bedenken, wie dehnbar und relativ der Begriff der „wesentlichen, den Anspruch auf die Gegenleistung gefährdenden Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Theils“ ist, so müssen wir anerkennen, dass die Vorschrift in ihrer allgemeinen und unbeschränkten Fassung ein höchst gefährliches Experiment ist.

Gewiss, es sind besondere Fälle möglich, in welchen die Anwendung der Vorschrift von Nutzen wäre, z. B. wenn ein in Vermögensverfall gerathener Kontrahent auf der Erfüllung besteht, lediglich um den Mitkontrahenten zu schädigen oder um sich einen zeitweiligen Genuss ohne Aussicht und Absicht der Erfüllung seinerseits zu verschaffen. Eine Bestimmung, welche solche Fälle treffen und den angegebenen schädlichen Motiven den Boden entziehen würde, wäre vom sittlichen und volkswirthschaftlichen Standpunkt aus angerathen. Man soll sich aber hüten, die Massregeln

von solcher ungeheueren Tragweite, wie der § 272, gegen das solide und redliche Wirthschaftsleben gleichzeitig zu richten.

b. Für den Fall, wenn eine Partei, welche zu leisten verpflichtet ist, einen schon fälligen Anspruch gegen die Gegenpartei hat, sorgt der § 230 (E. II):

„Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältniss, auf welchem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältniss ein Anderes ergiebt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht). Das gleiche Recht hat der zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.“

Die Protokolle der zweiten Lesung rechtfertigen diese Erweiterung des durch die geltenden positiven Rechte im viel engeren Gebiete anerkannten ius retentionis durch die Billigkeit: „Es sei ein gesunder, offensichtlich der Billigkeit entsprechender Gedanke, dass die auf dem nämlichen rechtlichen Verhältnisse beruhenden beiderseitigen Ansprüche gleichzeitig, Zug um Zug, zur Erledigung gelangen sollten, dass keiner der Betheiligten den anderen zur Leistung solle anhalten dürfen, ohne seinerseits zu der ihm obliegenden Leistung bereit zu sein.“

Dem gegenüber ist zu beachten, dass das Zurückbehaltungsrecht eine höchst gefährliche Waffe des Kampfes um's Recht ist, bei deren Verleihung an Privatgläubiger man nicht vorsichtig und sparsam genug sein kann. Der Gebrauch desselben gegenüber dem nichtzahlenden Schuldner kann eine dreifache Wirkung haben:

1. Verschaffung der Sicherheit wegen des zu befriedigenden Anspruches.
2. Schnelle Erzwingung der Zahlung des fälligen Anspruches.
3. Befriedigung der völlig unberechtigten Prätensionen.

Die erste und zweite Wirkung sind an sich nützlich. Uebrigens wird der Nutzen oft sehr theuer erkauft. Dies gilt besonders

dann, wenn die für den Schuldner zum Erwerb unentbehrlichen Gegenstände (Kleider, Papiere, gewerbliche Werkzeuge) retinirt werden. Hier entsteht ein circulus. Die Gegenstände werden zurückbehalten, damit der Schuldner zur Zahlung gezwungen wird. Er kann aber die Zahlung nicht erschwingen, eben weil er durch die Retention erwerbsunfähig geworden ist. Ein nicht besonders blutgieriger Wucherer, welcher dem Schuldner zur Befreiung von dieser Gefangenschaft verhilft, erweist ihm in der That eine Wohlthat. Oft wird diese Wohlthat durch den retinirenden Gläubiger selbst erwiesen werden. Ja, der Gläubiger kann gerade nur zu dem Zweck sein Zurückbehaltungsrecht benutzen, um die Gelegenheit zu haben, dem Schuldner wucherische Gefälligkeit zu erweisen. Es fragt sich, wäre es nicht angerathen, das Retentionsrecht bei den zur Ausübung des Berufes unentbehrlichen Gegenständen auszuschliessen oder jedenfalls in den Fällen des obigen circulus dem Schuldner die Möglichkeit zu gewähren, sich mittels Sicherheitsleistung durch Bürgen zu befreien? Der Verfasser rechtfertigt den Ausschluss der Bürgschaft beim Zurückbehaltungsrecht auf folgende Weise: „Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen, weil eine solche dem Retentionsberechtigten nicht eine gleiche reelle Sicherheit zu gewähren vermag, als diejenige, welche ihm durch Zurückhalten der Leistung gewährt ist.“ Hier haben wir ein neues Beispiel der „praktischen Rücksichten“ des Verfassers, wie wir dieselben oben charakterisirt haben, zugleich ein hübsches Beispiel der petitio principii, des logischen Fehlers, welcher in einem grösseren oder geringeren Masse den meisten praktischen Erwägungen der Motive eigenthümlich ist.

Die gefährlichste Wirkung des Retentionsrechtes besteht aber darin, dass der wirkliche oder angebliche Schuldner in Folge der durch die Retention geschaffenen ökonomischen Nothlage auch die völlig unbegründeten Prätensionen des Gläubigers zu erfüllen oft thatsächlich gezwungen ist. Der Umfang des zu sichernden Anspruches hat keine Bedeutung für den Umfang des Retentionsrechtes. Der angebliche oder wirkliche Gläubiger kann z. B. wegen geringfügiger Ansprüche das ganze Grundstück oder das ganze Inventar der Gegenpartei retiniren. Dadurch kann er die Gegenpartei in eine so gefährliche Zwangslage versetzen, dass die offenbar unredliche und chikanöse Rechnung sogleich bezahlt werden muss. Es fragt sich, wäre es nicht angerathen, den Umfang des Retentionsrechtes thunlichst zu beschränken, damit der psychische Druck, welchem der Schuldner durch die Retention unterworfen wird, nicht übermässige Wirkung ausübe und die Ausbeutung und Chikane nicht zu leicht mache?

Im Allgemeinen glauben wir, dass ein vorsichtiger und humaner Gesetzgeber das Retentionsrecht principiell als ein malum behandeln würde, d. h. er würde sorgfältig prüfen, ob und wo dasselbe wirklich nothwendig (malum necessarium) und in welchem Umfange es geboten sei. Man soll einzelne Anwendungsfälle mit der grössten Vorsicht und Enthaltsamkeit zu regeln suchen, nicht aber ohne Weiteres aus „Billigkeitsrücksichten“ in Bausch und Bogen über das ganze Gebiet des Civilrechtes entscheiden.

Der § 230 erstreckt das Zurückbehaltungsrecht auf alle geschuldeten Leistungen. Wenn Jemanden das betreffende Verhältniss zu irgend welchem Thun (facere) verpflichtet, so bildet das non facere die Ausübung des Retentionsrechtes. Insofern aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse eine Pflicht zu Unterlassungen entspringt, so gehört das entgegengesetzte positive Handeln zur Ausübung des Retentionsrechtes. Trotz der ausdrücklichen Betonung der Protokolle der zweiten Lesung, dass „das Zurückbehaltungsrecht ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung zu gewähren sei“, entstehen starke Zweifel, ob man die Tragweite des Gesetzes sich klar gemacht habe. Die civilpolitische Absurdität der Bestimmung ist bei den Obligationen auf non facere, wenn das einmalige facere den Werth des Anspruchs völlig vernichtet, ganz klar. In diesem Falle hat das Zurückbehaltungsrecht keinen vernünftigen Sinn. Es bedeutet vielmehr, dass der Anspruch des Schuldners durch die „Zurückbehaltung“ auf immer vereitelt ist, und die fällige Gegenleistung doch weiter gefordert werden kann. In diesen Fällen verschafft das Zurückbehaltungsrecht dem Berechtigten keine Sicherung, wohl aber die Möglichkeit und die Versuchung, sich auf Kosten der Gegenpartei ohne jede Gegenleistung zu bereichern. Dasselbe Theorem bezieht sich auf diejenigen Obligationen auf das einmalige facere, bei welchen der Aufschub des facere den Anspruch der Gegenpartei völlig entwerthet.

Wenn die Obligation auf das facere oder non facere einen solchen Inhalt hat, dass das entgegengesetzte Gebahren des Retentionsberechtigten den Anspruch des anderen Theiles nur allmählich entwerthet, sozusagen nach Theilen verzehrt, so bedeutet

das Zurückbehaltungsrecht, dass eine volle Gegenleistung für einen geringeren oder grösseren Theil der Leistung gefordert werden kann.

Aus dem Obigen ersieht man, dass die Erstreckung des Zurückbehaltungsrechtes auf alle Arten der obligatorischen Leistungen der Bestimmung des Institutes zuwiderläuft. Die Partei, deren Anspruch durch die Zurückbehaltung völlig oder zum grössten Theil vereitelt ist, wird über den Anspruch des Retentionsberechtigten (und das schlechte Gesetzbuch) so empört werden, dass sie ohne Gericht und Zwangsexekution erst recht nicht zahlen wird. Dass ein solches Zurückbehaltungsrecht den Hass zwischen den Parteien, die nutzlose Zerstörung von ökonomischen Gütern und die demoralisirende Wirkung auf den das Recht Benutzenden und das Publikum ausüben muss, scheint uns ausser allem Zweifel zu stehen.

Uebrigens auch bei denjenigen Verhältnissen, wo das Retentionsrecht an sich nicht als sinnlos erscheint, führt die Anwendung des § 230 zu abnormen Ergebnissen. Anstatt einer theoretischen Begründung wird hier ein Beispiel genügen:

A. hat von B. ein Pferd zur Aufbewahrung und Pflege gegen monatliche Vergütung von 30 Mark bekommen. Aus dem § 230 ergiebt sich nun, dass A., nachdem er einen fälligen Anspruch auf 30 Mark erlangt hat, die Fütterung und sonstige Pflege des Pferdes verweigern kann. Gleichzeitig ergiebt sich aber aus dem § 230, dass er auch das Pferd herauszugeben, damit es vom Hungertode gerettet wird, nicht verpflichtet ist. Die Kommentare sind überflüssig.

Auch hier warnen wir: es ist nicht in Bausch und Bogen auf's Gerathewohl (nach praktischen Instinkten oder Billigkeitsgefühlen) zu entscheiden, sondern sorgfältig zu prüfen, welche geschuldeten Leistungen sich zum Gegenstand des Retentionsrechtes eignen und welche nicht.

Schliesslich erinnern wir noch daran, dass das Retentionsrecht des Entwurfes, auch wenn dasselbe an sich sachgemäss geregelt wäre, doch eine höchst unheimliche sociale Funktion erfüllen müsste, weil die Grundsätze des Entwurfes über die impensae utiles und voluptuariae unzulänglich sind.

c. Anstatt der Rechte aus dem § 230 kann gegen den nichtzahlenden Schuldner bei den gegenseitigen Verträgen die Bestimmung des § 271 benutzt werden:

„Bei einem gegenseitigen Vertrage kann jeder Theil, sofern er nicht vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Hat die Leistung an Mehrere zu erfolgen, so kann dem Einzelnen der ihm gebührende Theil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden.

Die Vorschrift des § 230 Abs. 2 findet keine Anwendung.

Ist von der einen Seite theilweise geleistet, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnissmässiger Geringfügigkeit des rückständigen Theiles, gegen Treu und Glauben verstossen würde."

Es ist uns nicht vollständig klar, in welchem Verhältniss dieses Gesetz sich zum § 230 befindet. Jedenfalls ist sicher, dass viele species facti dem Gläubiger ermöglichen, nach Willkür zwischen dem Zurückbehaltungsrechte des § 230 und den Befugnissen aus dem § 271 zu wählen. Wenn er also vermeiden will, dass der Schuldner sich von seiner Macht durch die Sicherstellung nach dem § 230 Abs. 2 befreit, so kann er den § 271 anrufen. Umgekehrt, wenn er wegen eines geringfügigen Anspruches einen unverhältnissmässig grossen Schaden dem Schuldner durch die „Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung" aus Feindschaft zufügen oder diese seine Gewalt zu eigennützigen Ausbeutungszwecken gebrauchen will, so ist der § 271 wegen des Abs. 3 zu vermeiden und der § 230 zu wählen, nach welchem der Umfang des Anspruches für den Umfang des Zurückbehaltungsrechtes keine Bedeutung hat. Kurz, der Gläubiger hat eine hübsche Auswahl der Folterwerkzeuge gegen den Schuldner, welcher sich augenblicklich in Zahlungsverlegenheit befindet. Und dazu noch eine Kuriosität in der Fassung des Gesetzes. Darnach ist jeder, sofern er nicht vorzuleisten verpflichtet ist, nachzuleisten und vorzuleisten verpflichtet. A. sagt dem B.: „Du sollst zunächst leisten." Darauf antwortet B.: „Nein, du sollst zunächst die Leistung bewirken" — und so weiter ohne Ende und Lösung. Diese Kleinigkeit (es sollte heissen: Zug um Zug) heben wir deswegen hervor, weil wir diesen redaktionellen Lapsus nicht als ganz zufällig, sondern als für die ganze Richtung des Entwurfes (besonders des zweiten Entwurfes) charakteristisch betrachten. Es äussert sich hier gleichsam eine Verfolgungsmanie gegen den unpünktlichen Schuldner, gegen den der Entwurf dem Gläubiger Mittel sichert. Dabei werden menschliches Gefühl und

Logik vergessen. Hier stellt sich der Verfasser auf die Seite desjenigen, welcher den § 271 als eine Zwangsmassregel gegen seine Gegenpartei benutzt, und vergisst dabei, dass diese Gegenpartei nach der Voraussetzung des Gesetzes selbst gar nicht verpflichtet ist, die Leistung zunächst zu bewirken.

d. Eine höchst bedeutsame Erhöhung der Macht des Gläubigers enthalten die zahlreichen, wahrhaft verschwenderischen Bestimmungen des Entwurfes über den Rücktritt vom Vertrage. Darunter ist die wichtigste Regel diejenige über den Rücktritt auf Grund des Verzuges des Schuldners (§ 277). Dieser gewaltige Fortschritt gegenüber dem römischen Rechte ist der zweiten Lesung zu verdanken. Der erste Entwurf war in dieser Hinsicht viel bescheidener; er gewährte dem Gläubiger das Rücktrittsrecht nur dann, „wenn die Leistung in Folge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat". Der Verfasser des zweiten Entwurfes behauptet dagegen in den Protokollen der zweiten Lesung, dass diese Regelung unbillig sei und „sich nicht mit dem im Volke lebenden Rechtsbewusstsein, welchem der Grundsatz des gemeinen Rechts, dass Verzug den Gläubiger nicht zum Rücktritt berechtige, stets fremd geblieben sei", nicht vertrage. Wir lassen dahingestellt, ob diese Behauptung nicht eine grundlose Verleumdung des „im Volke lebenden Rechtsbewusstseins" ist. In den Entscheidungen der Verfasser der Gesetze aus Billigkeitsrücksichten äussert sich eben das Rechtsbewusstsein der Verfasser. Wie sich das Rechtsbewusstsein der Mehrheit des Volkes dazu verhält, ist ein Ding, welches nur etwa durch die allgemeine Volksabstimmung (annähernd) kontrolirt werden könnte. Der grüne Tisch giebt darauf keine Antwort. Sogar in denjenigen Fällen, wo man ein allgemeines Gewohnheitsrecht vor sich hat, wäre es leichtsinnig, ohne Weiteres darum zu behaupten, dass das Volksbewusstsein den Satz billige. Im Gegentheil, es ist ein wichtiges Recht des Gesetzgebers, welcher über den Parteiinteressen steht, und seine heilige Pflicht, vor der Verwandlung des Gewohnheitsrechtes in ein für die lange Zukunft berechnetes Gesetz sorgfältig zu prüfen, ob das betreffende Gewohnheitsrecht nicht eine einseitige und volkswirthschaftlich und ethisch schädliche Begünstigung der Interessen der bei der Ausbildung des Rechtssatzes massgebend gewesenen Minorität ist (vgl. oben S. 494 Anm.).

Das zweite wichtige Gebiet des Rücktrittsrechtes bilden die

im § 276 geregelten Fälle, wobei besonders der Satz 1 Beachtung verdient. („Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Theile obliegende Leistung in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich, so kann der andere Theil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten.")

Für den Gläubiger ist natürlich die Befugniss, zwischen dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Verzug und dem Rücktritt vom Vertrage zu wählen, sehr bequem. Das römische Recht ging im Allgemeinen von dem Standpunkt aus, dass der Gläubiger nur den Ersatz des ihm durch den Verzug oder die Nichterfüllung verursachten Schadens verlangen, im Uebrigen aber kein neues Kapital aus diesen Thatsachen auf Kosten des Schuldners für sich schlagen dürfe. Anders nach dem zweiten Entwurf. Darnach wird der eigennützige Gläubiger den Leichtsinn, die Nothlage oder die Unerfahrenheit des Schuldners, welche den Verzug oder die Unmöglichkeit der Erfüllung zur Folge haben, oft mit Freude begrüssen. Man erwäge nur, was die Wahl zwischen dem Schadensersatz und Rücktritt vom Vertrage bedeutet. Sie bedeutet, dass der Glaubiger auf die hausse spekuliren kann, ohne die Gefahr der baisse zu tragen. Wenn die Verhältnisse seit dem Abschluss des Kontraktes sich dahin geändert haben, dass die Aufrechterhaltung der Verpflichtungen für ihn nunmehr unbequem ist, so freut er sich über die Gelegenheit von dem Vertrage loszukommen. Im entgegengesetzten Falle besteht er auf der Erfüllung des Kontraktes resp. auf der vollen Entschädigung wegen Nichterfüllung. Daraus ersieht man, dass die ökonomisch schwächeren Parteien zu Gunsten der Stärkeren besteuert werden, indem die günstigen Zeitdifferenzen und dgl. für die ersteren verloren gehen und von den letzteren eingeheimst werden.

Diese Wirkung der im Entwurfe durchgeführten Grundsätze ist übrigens vom nationalökonomischen Standpunkt aus nur so zu sagen relativ schädlich (freilich, vom Standpunkt ihres Einflusses auf die Volksmoral absolut schädlich). Sie mindert nicht unmittelbar den Bestand des Volksreichthums, sondern sie übt nur einen eigenthümlichen Einfluss auf die Vertheilung desselben, indem die stärkeren Wirthschaften das gewinnen, was die schwächeren verlieren.[1]

1) Damit soll keineswegs gesagt werden, dass wir das Produktionsproblem höher als das Vertheilungsproblem stellen.

Den kritisirten Grundsätzen ist aber ausserdem eine absolut schädliche (nicht werthübertragende, sondern einfach) werthzerstörende Wirkung eigenthümlich. Es ist nämlich zu beachten, dass die Regeln des Entwurfes nicht für denjenigen Verkehr bestimmt sind, bei welchem es sich meistens um fungible, marktgängige Leistungen handelt (Handelsverkehr), sondern für den bürgerlichen Verkehr, welcher meistens mit solchen Dingen zu thun hat, die einen individuellen, für verschiedene Individuen sehr verschiedenen Werth haben. Wenn eine Partei, z. B. ein Kaufmann, durch den Rücktritt vom Vertrage seitens seines Mitkontrahenten im Stich gelassen wird, so kann sie die Leistung bei einem anderen Kontrahenten unterbringen, wenn diese Leistung eine marktgängige Waare ist. Anders, wenn es sich nicht um fungible Waaren, sondern um individuell eigenthümliche Leistungen handelt. Durch die Verweigerung der Annahme des geschuldeten Gegenstandes wird der Werth des letzteren meistens erheblich gemindert oder gänzlich zerstört. Um die Richtigkeit dieses Theorems klar zu machen, wollen wir dasselbe durch ein Beispiel veranschaulichen:

A. bestellt beim Maler B. einige Dekorationen für sein Theater oder ein hübsches Schild für seinen Kaufladen, oder ein Portrait seiner Frau. Nachher erfährt er, dass ein anderer Maler C. ihm denselben Gegenstand um 10 Mark billiger gemacht hätte und darum oder aus irgend welchem anderen Grunde benützt er die Gelegenheit, von dem Vertrage zurückzutreten, so dass der Maler A. die Gegenleistung nicht bekommt, dafür aber das (vielleicht halbfertige) Portrait der Frau des Bestellers, das Schild oder die Dekorationen für sich behalten kann. Diese Gegenstände sind, da sie zum rechten Konsumenten nicht gelangt sind, werthlos geworden. Die zur Herstellung nöthig gewesenen Güter (Arbeitskraft und Zeit des Malers, Materialien) sind nutzlos verbraucht.

Daraus ersieht man, dass der Rücktritt vom Vertrag für diejenigen Producenten, welche nicht für den Handel (für unbestimmte Konsumenten), sondern für bestimmte Konsumenten, deren individuellen Bedürfnissen angepasste Leistungen produciren, sehr verhängnissvolle Wirkungen äussert. Ihre Produkte werden durch den Rücktritt entwerthet, ihre Arbeit und verbrauchten Kapitalien gehen verloren. Der Grundsatz des Entwurfes erzeugt eine Dissonanz zwischen der Produktion und der Kon-

sumption der Güter, dadurch mindert er den Volksreichthum und schädigt am meisten gerade die kleinen Producenten, besonders das Handwerk und die Kunst.[1]

1) Errichtung einer rechtlichen Scheidewand zwischen ökonomischen Gütern und ihren rechten Konsumenten ist ein Fehler, welchen der Entwurf fast überall begeht, wo sich die Möglichkeit dazu bietet. Der Verfasser begnügt sich damit nicht, die Errungenschaften der Nationalökonomie zu ignoriren; sein Verhalten erweckt vielmehr den Schein, als ob er einen positiven und systematischen Antagonismus gegen die Wahrheiten volkswirthschaftlicher Natur vertrete. Zahlreiche Beispiele des Verstosses des Entwurfes gegen das Princip der Zuführung resp. der Belassung der Güter bei ihrem rechten Konsumenten haben wir schon an verschiedenen Stellen hervorgehoben oder durch die ökonomische Kritik des römischen Rechtes angedeutet. In der „Fruchtvertheilung" ist die zweite und zum Theil dritte Abhandlung dem Satze gewidmet: Ebenso wie die Entziehung eines eingebauten Balkens das Gebäude auf eine mechanische, materielle und sichtbare Weise zerstört, ebenso kann die Entziehung von Gütern, welche mit einer Wirthschaft ökonomisch (nach dem Plane derselben) eng verbunden sind, eine nationalökonomische Güterzerstörung herbeiführen. Auf diese Weise ist insbesondere die Belassung der konsumirten Früchte dem gutgläubigen Besitzer und die Herausgabe der fr. extantes an den Eigenthümer volkswirthschaftlich zu begründen (vgl. S. 175 fg., 185 fg., 242 fg. a. a. O. und die zustimmenden Aeusserungen darüber von Leonhard, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte B. 14, rom. Abth. S. 279, 281. Dernburg, Pand. B. I § 205 N. 16 und Text in Bezug auf fr. extantes). Der Entwurf enthält dagegen eine Regelung, welche diesen Principien widerspricht (§§ 902, 870 E. II; vgl. auch „Fruchtvertheilung" S. 190, 191 über den Widerruf der Schenkung und S. 195 fg. über die vom Besitzer einer fremden Erbschaft angeschafften Sachen und die Regelung der betreffenden Materien im Entwurf). Ebendaselbst („Fruchtvertheilung" S. 213) haben wir das Institut der Fruchtvertheilung zwischen dem Eigenthümer und dem gutgläubigen Besitzer „als eine Verwirklichung des grossen wirthschaftlichen Postulates, welches sich in vielen wichtigen Gebieten des Civilrechtes geltend gemacht hat," hingestellt und den Nachweis der Bedeutung desselben für die Ersitzung, die Specifikation, die Obligation und andere Institute in Aussicht gestellt. In der „Lehre vom Einkommen" haben wir theilweise das Wort eingelöst und manches neue Material für die Bedeutung des Principes im Civilrecht und für die einschlägige Kritik des Entwurfes hinzugewonnen. Durch dieses Princip wird die vom Entwurf ignorirte grundsätzlich verschiedene Behandlung des herauszugebenden Kapitals und der Früchte (oben B. I S. 196, 183), desgleichen der imp. necessariae einerseits, der imp. utiles und voluptuariae andererseits postulirt (oben B. I S. 302 fg., wo übrigens nur der Gegensatz in der nationalökonomischen Bedeutung der imp. utiles und necessariae erörtert wird: dass bei den imp. voluptuariae die Werthzerstörung durch die Aufzwingung von ökonomischen Gütern an denjenigen, welcher kein rechter Konsument dafür ist, geschieht, erhellt aus unserer Kritik der imp. utiles a fortiori). Die Hauptmasse der Einwände dieser Art gegen den Entwurf ist aber erst in weiteren Theilen der Lehre vom Einkommen genauer zu begründen. In den vierten Theil des zweiten Bandes gehört insbesondere die Frage, ob die Anwendung der Bereicherungsansprüche im Entwurf in einzelnen Fällen und im Allgemeinen volkswirthschaftlich, namentlich mit Rücksicht auf moderne Wirthschaftsverhältnisse, zu billigen ist; ebendaselbst ist unter Anderem auch die Kritik der Zinsenlehre des Entwurfes zu vervollständigen, z. B. die Frage zu untersuchen, ob die §§ 599, 638 und andere des Entw. II, § 1697 des Entw. I neben vielen schon hervorgehobenen Fehlern noch nicht den enthalten, dass

Uebrigens wirkt der Rücktritt vom Vertrage auch dann werthzerstörend, wenn die Leistung an sich einen grösseren Kreis der Konsumenten finden kann. Der Schaden kann dadurch entstehen, dass die Zeit der ordentlichen Unterbringung der Leistung zur Zeit des Rücktrittes vom Vertrage schon vorbei ist. Dies trifft besonders oft bei Miethsverhältnissen zu. Ferner kann die im Stich gelassene Partei dadurch grossen Schaden erleiden, dass sie keine Mittel hat, die rechten Konsumenten (obgleich diese in Menge vorhanden sind) zu finden und das Produkt zu angemessenem Preise abzusetzen. Alles oben Gesagte können wir durch folgendes Beispiel veranschaulichen:

Bei einem Schneider ist in Folge des Rücktrittes vom Vertrage ein theures Phantasiesommerkostüm und ein gewöhnlicher Gehrock zurückgeblieben. Für den ersten Gegenstand kann er keinen Abnehmer finden, weil die Saison schon vorgerückt ist oder weil der Gegenstand eben nur der Phantasie und der Laune des Bestellers entsprach, den anderen Leuten aber nicht gefällt. Der Gehrock (vorausgesetzt, dass der Besteller ihn nach der neuen Mode machen liess und dass er eine mittlere Statur hat) ist mehr marktgängig. In den Konfektionsgeschäften werden eben solche Kleidungsstücke verkauft. Der Schneider hat aber keinen Verkaufsladen. Darum freut er sich schon, wenn er irgend welche Gelegenheit findet, den Gegenstand zu einem halben Preise abzusetzen. Viele arme Familien, deren ganzes Geldvermögen oft auf die Ausführung einer Bestellung verwendet und Manches noch zu demselben Zweck versetzt wird, werden durch einen oder einige Fälle der Anwendung des „billigen und durch das im Volke lebende Rechtsbewusstsein“ im Gegensatz zum römischen Recht geforderten Princips des zweiten Entwurfes in die untersten Schichten des Proletariats geschleudert werden.

Wie wenig der Verfasser des Entwurfes die volkswirthschaftliche und moralische Bedeutung seiner Vorschläge in Betracht zieht, bezeugt am besten der § 574, wonach beim Werkvertrag der

---

ie werthzerstörend wirken, indem sie das fingirte Einkommen (Zinsen, Nutzungen) auch im Falle des Gebrauches oder Verbrauches eines fremden Kapitals aus Irrthum prästiren lassen. In den dritten Band gehört unter Anderem die Frage, ob die Lehre von der Specifikation im Entwurfe vom nationalökonomischen Standpunkt aus nicht in ihrer theoretischen Grundlage naiv und in ihren einzelnen Sätzen schädlich ist, ob der § 865 des Entw. II nicht einen wichtigen Rückschritt dem röm. Rechte gegenüber und einen auffallenden Verstoss gegen das obige Princip enthält.

Verzug des Schuldners, als Voraussetzung des Rücktrittsrechtes, wegfällt. Es genügt, wenn „das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt“ ist. Also sogar der Nachweis der vis maior kann keine Rettung bringen.[1] Der Grund für diese besondere Begünstigung des Bestellers soll darin bestehen, dass der Werkvertrag „den Charakter eines Fixgeschäftes an sich trage“ (vgl. Prot. zum § 277). Dies ist eine Fiktion, welche an sich keine Rechtfertigung enthält, sondern eine solche selbst verlangt. Angenommen aber, dass die allgemeine Fiktion des „Charakters des Fixgeschäftes“ in der Mehrzahl der Werkvertragsfälle wirklich zutreffen und die Einführung des Rücktrittes vom Vertrage für diese Fälle rechtfertigen würde, was folgt daraus? Gerade das Entgegengesetzte von dem, was der Entwurf bestimmt. Denn für diejenigen Fälle, welche die Eigenschaften des Fixgeschäftes haben, hat der Entwurf ganz allgemein das Rücktrittsrecht im Falle der Nichtleistung zum Termin (gleichgültig, aus welchen Ursachen, § 278) anerkannt. Die Bestimmung über den Werkvertrag verleiht also dem Gläubiger das Rücktrittsrecht gerade für diejenigen Fälle, in welchen die begründende Fiktion des Verfassers sich als falsch erweist. Wenn es sich aber um die Erhöhung der Machtvollkommenheit des Gläubigerrechtes handelt, ist jedes Argument gut.

Oder versteht der Verfasser vielleicht unter dem „Charakter des Fixgeschäftes“, welcher den Werkverträgen von ihm verliehen wird, etwas Anderes, als die Merkmale des Fixgeschäftes? Vielleicht kennt er Geschäfte, welche den Charakter des Fixgeschäftes haben, ohne Fixgeschäfte zu sein. Ist nun diese Annahme richtig, so müssen wir auch dann die Sätze des Entwurfes und ihre Begründung als widersprechend bezeichnen, obwohl dann der „Charakter des Fixgeschäftes“ für uns eine unbekannte Grösse ist. In der That, wenn der Gesetzgeber bei den Geschäften, welche den Charakter des Fixgeschäftes haben, ohne Fixgschäfte zu sein, die Einführung des Rücktrittsrechtes ohne Erforderniss des Verzuges als angerathen betrachtet, so spricht er damit aus, dass er den § 278 schlecht, nämlich (den Begriff des Fixgeschäftes) zu eng, gefasst hat.

Uebrigens ist der § 278 so gefasst, dass in seinen Rahmen

---

1) Ein Gegenstück dazu bildet die Bestimmung des § 580 E. II: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes.“ Man sollte doch mindestens für die Ereignisse, welche dem Unternehmer gegenüber vis major sind, eine Ausnahme bestimmen.

eigentlich fast jedes befristete Geschäft passt. Der Begriff des Fixgeschäftes wird darin nämlich auf folgende Weise bestimmt:

„Ergiebt sich aus einem gegenseitigen Vertrage, dass die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Theil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrage zurücktreten."

Wenn nun z. B. X. sich versprechen lässt, dass die von ihm bestellten photographischen Bilder am nächsten Montag zwischen zwei und drei Uhr Nachmittag geliefert werden, so ist das Geschäft nach § 278 zweifellos als ein Fixgeschäft zu behandeln. Die Zeit, wann die Leistung erfolgen soll, ist ja „genau" und „fest" bestimmt. Wenn der Besteller um drei Uhr kommt und ein Bild aus irgend welchem Grunde noch nicht fertig ist, so kann er dem Photographen sagen: „Nach dem geltenden Recht kann ich vom Vertrage zurücktreten. Uebrigens, wenn sie anstatt 20 Mark 5 Mark für die Bilder annehmen wollen, so werde ich Ihnen die Gefälligkeit erweisen und von meinem guten Rechte keinen Gebrauch machen."

Die civilpolitischen Rücksichten rathen entschieden an, als Merkmal des Fixgeschäftes nicht die genaue Bestimmung der Zeit, wann die Leistung erfolgen soll, sondern ein ganz anderes Merkmal aufzustellen. Dieses Merkmal besteht darin, dass in dem Geschäft ein ausdrücklicher oder stillschweigender Vorbehalt des Rücktrittsrechtes auf den Fall der Nichterfüllung zur rechten Zeit steckt. Nur in diesem Falle ist die Gewährung des Rücktrittsrechtes angemessen. Aus dem Sinne des Rechtsgeschäftes ergiebt sich, dass die fix berechtigte Partei nur im Falle rechtzeitiger Erfüllung ein Interesse am Geschäfte hat und dass die fix verpflichtete Partei gewarnt ist, welche Gefahren für sie im Falle der Verzögerung sich ergeben. Im Uebrigen ist es absolut gleichgültig, ob die Zeit genau und fest bestimmt ist. Der Ausdruck des Entwurfes: „genau zu einer fest bestimmten Zeit" trifft trotz des darin enthaltenen Pleonasmus (warum man nicht lieber gesagt hat: „genau und präcise zu einer fest und fix bestimmten Zeit") den Kern der Sache nicht. Ein Fixgeschäft ist auch dann anzunehmen, wenn das betreffende Geschäft keinen dies certus quando enthält. Andererseits kann ein Vertrag oft nichts mit dem richtigen Fixgeschäft zu thun haben, auch wenn die Zeit der Leistung ausserordentlich

präcise bestimmt wird. „Uebermorgen präcise zwischen 20 und 25 Minuten nach 3 Uhr." Aehnliche Verabredungen hat wohl Kant oft getroffen: der grosse Philosoph passirte gewisse Strassen jeden Tag genau um dieselbe Zeit, so dass die Bürger darnach ihre Uhren reguliren konnten. Solche Verabredungen hatten aber nur den Sinn: „Um diese Zeit gehe ich vorüber und darum ist es mir bequem, gerade dann den bestellten Gegenstand zu besichtigen und abzuholen." Wenn die Gegenpartei diese Zeit versäumt, so geschieht kein besonderes Unglück, wenn sie den Gegenstand eine Stunde später selbst bringt oder am nächsten Tag zur Abholung bereit hält.

Die obige Ausführung hat keineswegs eine erschöpfende civilpolitische Kritik des Rücktrittsrechtes im Entwurfe zu liefern bezweckt. Wir haben nur die wichtigsten Bestimmungen von allgemeiner Bedeutung herausgegriffen, um auch hier die Warnung zu begründen: das Rücktrittsrecht bei Tauschverträgen ist ein malum; man muss sorgfältig prüfen, wo dieses malum volkswirthschaftlich necessarium ist, nicht aber auf Grund der Billigkeitsrücksichten oder „des im Volke lebenden Rechtsbewusstseins" in Bausch und Bogen darüber entscheiden.

Eine andere Bedeutung hat (wie oben S. 367 gezeigt) das Rücktrittsrecht bei unentgeltlichen honorirten Verträgen. Hier ist dasselbe principiell (und zwar ohne Voraussetzung des Verzuges oder dgl.) zu billigen, da es der Versuchung und der Möglichkeit vorbeugt, durch die Vorspiegelung freundschaftlichen Wohlwollens die Gegenpartei auszubeuten. Es ist nun für die gesetzgeberische Weisheit des Verfassers sehr charakteristisch, dass er gerade beim honorirten Mandat das Rücktrittsrecht nicht anerkennt und dass das von ihm beim Hinterlegungsvertrage anerkannte Rücktrittsrecht sich nur durch geschichtliche Missverständnisse erklärt und hauptsächlich die Hinterlegung als Tauschvertrag trifft.

e. Aus der Zinsenlehre und den obigen Ausführungen über die neuen Schutzmittel für die Interessen der Gläubiger haben wir ersehen, dass der Zahlungsverzug nach dem Entwurfe für die Schuldner viel schwerere Folgen hat, als nach dem römischen Recht. Insbesondere werden die Geldschuldner im Verzug durch die verkehrten Zinsenvorschriften zu Gunsten des mobilen Kapitals besteuert; wenn dem Gläubiger dieser Vortheil aus dem Verzuge des Schuldners geringer erscheint, als die Möglichkeit vom Vertrage zurückzutreten oder dem Schuldner den Rücktritt zu Aus-

beutungszwecken anzudrohen, so findet er auch für diese Pläne eine kräftige Unterstützung im Entwurf. Wenn er wirklich vom Vertrage zurücktritt, so sorgt der Entwurf durch die eigenthümliche Regelung der Zinsenfrage bei dem Rücktrittsrecht dafür, dass der Vertreter des Geldkapitals ein doppeltes Kapitaleinkommen auf Kosten des Landwirthes oder sonstiger Producenten erhält. Um die Möglichkeit sich zu verschaffen, diese Liebesgaben einzuheimsen, muss nun der Gläubiger dafür sorgen, den Schuldner in Verzug zu versetzen. Das römische Recht betrachtete den Ablauf der Frist ohne Zahlung für den Eintritt des Verzuges nicht als genügend. Der Gläubiger musste vielmehr den Schuldner mahnen (interpellatio), um die mora herbeizuführen. Selbstverständlich hat der Entwurf dieses für den Gläubiger oft unbequeme Erforderniss bei befristeten Schulden nicht aufgestellt, es gilt vielmehr der Satz: dies interpellat pro homine. Dieser Satz ist sehr praktisch, weil er dem Gläubiger die Erfüllung einer lästigen Formalität erspart, den Beweis des Verzuges im hohen Masse erleichtert und die Streitigkeiten darüber, ob die interpellatio geschehen ist oder nicht, beseitigt. Es wäre auch kaum billig, wenn der Gläubiger, dessen berechtigte Interessen durch die Nichterfüllung verletzt werden, noch die lästige Formalität der interpellatio erfüllen müsste. Das hiesse, ihm den Schutz seiner berechtigten Interessen zu erschweren.

§ 240 (E. II) bestimmt:

„Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender ... bestimmt ..., so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet."

Vorerst ist zu bemerken, dass diese Vorschrift nach der Absicht des Verfassers eine grössere Tragweite hat als der Wortlaut zu ergeben scheint (ungenaue Fassung). Die Motive (Bd. II S. 57) belehren uns nämlich, dass es sich gar nicht darum handle, dass die Zeit der Leistung nach dem Kalender bestimmt werde, sondern vielmehr darum, dass die Frist ein dies certus quando sei: „Hiermit ist die Vorschrift nicht auf die Fälle beschränkt, wo ein genau bestimmtes Datum als Leistungszeit festgesetzt ist; es genügt, wenn nur die letztere nach dem Kalender im einzelnen Falle mindestens derart sich ergiebt, dass für den Schuldner klar vorliegt, wann spätestens geleistet werden muss."

Die Motive enthalten auch viele andere Belehrungen für die Wissenschaft und die Praxis, welche Konsequenzen im angeführten

Gesetze enthalten sind und welche nicht etc. Ausserdem wird aber behauptet, dass das Gesetz eigentlich keine positive Vorschrift sei, dass es sich vielmehr aus der Natur der Sache ergebe („der Satz, dass der beigefügte dies die Mahnung vertritt, beruht, wie bemerkt, nicht sowohl auf positiver Rechtsvorschrift, als auf der Natur der Sache" S. 56), dass es der Rechtsüberzeugung des Volkes, dem vermuthlichen Willen der Parteien, den „Anforderungen des Lebens und den Bedürfnissen des Verkehrs" entspreche. Auch wird die Möglichkeit der Beschränkung des Grundsatzes erörtert und dazu bemerkt: „Der Grundsatz hat nur dann praktischen Werth, wenn er, unter der in Abs. 2 formulirten Voraussetzung, schlechthin gilt."

Wir möchten hier nun trotzdem einige kritische Bemerkungen über den Satz „dies interpellat" wagen. Uebrigens wissen wir sehr genau, dass unsere Kritik keinen unmittelbaren Erfolg haben wird, dass sie nur ein Wagniss ist. Der Satz wird ja allgemein als ein zweifelloser Fortschritt gegenüber dem römischen Rechte betrachtet. Dessen ungeachtet halten wir es für unsere wissenschaftliche Pflicht, unsere Meinung über den Werth dieses „Fortschrittes" auszusprechen und zu begründen.

Die Verleihung der Verzugsrechte an den Gläubiger ohne Mahnung ist gewiss ein Fortschritt im Sinne der Verschärfung der Macht des Kapitalisten, im Sinne der Unterwerfung des Schuldners den Interessen des Gläubigers. Es fragt sich aber, ob das röm. Recht, welches den Schuldner mit mehr Rücksicht und Humanität behandelt hat, vom Standpunkt der Civilpolitik nicht besser sei.

Zunächst setzen wir einstweilen voraus, dass der Gläubiger beim Eintritt des Termins den geschuldeten Gegenstand, z. B. die dargeliehene Summe Geld, immer selbst zu irgend welchen Zwecken nöthig hat. Wenn diese Annahme immer richtig wäre, so könnte man das Erforderniss der Mahnung prima facie als eine sinnlose Formalität bezeichnen. Denn die Mahnung ist eben eine Benachrichtigung des Schuldners seitens des Gläubigers, dass dieser den Gegenstand der Forderung nunmehr bekommen will. Bei näherer Kritik erweist sich indessen, dass die Mahnung auch bei der obigen Voraussetzung kaum als eine nutzlose Formalität betrachtet werden kann. Es ist nämlich zu beachten, dass die interpellatio die Aufmerksamkeit des Schuldners auf seine rechtliche Lage erregt, ihn gewöhnlich über die Absichten des Gläubigers und die zu erwartenden Folgen der Nichtzahlung belehrt, das Verhältniss,

insbesondere die Höhe der Schuld klärt und feststellt, zur Entfaltung einer der Sachlage entsprechenden Thätigkeit anspornt. Oft enthält die Mahnung auch die Warnung, dass die Nichtzahlung dem Gläubiger diesen oder jenen Schaden zufügen kann, so dass der Schuldner dadurch belehrt wird, welcher Gefahr er sich durch die Verspätung der Zahlung unterzieht.

Wenn nun der Schuldner kein erfahrener und rechtskundiger Geschäftsmann ist, wenn er den Termin oder die Höhe der Schuld vergessen hat oder aus anderen Ursachen darüber im Unklaren ist, wenn er den Gläubiger für einen humanen und barmherzigen Menschen hält, während dieser rücksichtslos gegen ihn vorzugehen beabsichtigt etc. etc., so ist in diesen und vielen anderen Fällen die in der interpellatio enthaltene Mahnung von hohem ökonomischen Werthe. Der Gläubiger mag sich über das Gesetz, welches zur Begründung des Verzuges mit seinen Folgen in Bezug auf den Schadensersatz, Zinsen, Rücktrittsrecht... interpellatio fordert, ärgern, für viele Schuldner ist das Institut der Mahnung heilbringend: die Warnung und Belehrung bedeutet oft die Rettung von der sonst drohenden Gefahr.

So viel über die civilpolitische Bedeutung der Mahnung in den Fällen, wo der Gläubiger den Gegenstand der Schuld bei Eintritt der Frist selbst nöthig hat. Diese Voraussetzung trifft aber bei weitem nicht immer zu. Wenn Jemand einem anderen 100 Mark borgt, setzt er gewöhnlich einen Termin fest, wann er das Geld zurückbekommen soll. Der Schuldner hofft, dass es ihm bis zum Eintritt des Termins gelingen wird, die nöthige Summe zu beschaffen. Der Gläubiger berechnet, dass er zu dieser Zeit selbst die Summe nöthig haben wird. Es kommt nun täglich vor, dass der Gläubiger beim Eintritt des Termins kein dringendes Bedürfniss hat, von seinem Gläubigerrecht sofort Gebrauch zu machen und dass der Schuldner sich in Verlegenheit befindet und sehr erfreut darüber ist, dass der Gläubiger aus irgend welchen Motiven (oft aus altruistischen) den Eintritt des Termins unbeachtet lässt. Ist nun die sehr verbreitete Erscheinung, dass Gläubiger im bürgerlichen Rechtsverkehr die Fälligkeit der Schuld zu Gunsten der Schuldner eine Zeit lang unbenutzt lassen, vom Standpunkt der Civilpolitik eine angenehme oder eine schädliche Erscheinung? Die Erscheinung ist höchst wohlthätig. Wie viele Familien würden täglich ruinirt, wie viele produktive Wirthschaften und menschliche Existenzen zerstört, wenn alle Gläubiger ohne jede Rücksicht

auf die in Betracht kommenden Interessen von ihren Gläubigerrechten bei Eintritt der Frist immer sofort Gebrauch machten. Ein solcher hypothetischer allgemeiner rücksichtsloser Egoismus der Gläubiger hätte eine ungeheure Tragweite im Sinne des Menschenunglücks und der Werthzerstörung. Was diese letztere Folge anbetrifft, so müssen wir hier noch einige Bemerkungen hinzufügen: Man braucht in die Theorie des Volksreichthums und des Werthes der ökonomischen Güter nicht besonders eingeweiht zu sein, um zu ersehen, dass auch in den Fällen, wo es sich nicht um die ökonomische Existenz, sondern nur um geringere Zahlungsverlegenheiten des Schuldners handelt, die in Frage kommende sociale Thatsache für die Erhaltung und Vermehrung des Volksreichthums sehr wichtig ist. Wenn der Gläubiger trotz des Ablaufes der Frist die Geltendmachung seiner Rechte unterlässt, so ist diese Erscheinung im durchschnittlichen Fall auf folgende Weise in die ökonomische Sprache zu übersetzen:

Das fragliche ökonomische Gut (Schuldgegenstand) hat einstweilen einen höheren Werth für die Wirthschaft des Schuldners als für diejenige des Gläubigers. Das einstweilige Verbleiben des Gutes, z. B. 1000 Mark, in der Wirthschaft des Schuldners bringt dieser Wirthschaft mehr Nutzen, als der Vortheil beträgt, welchen der Gläubiger bei der früheren Wanderung des Gutes in seine Wirthschaft erzielt hätte. Dieses Theorem ergiebt sich aus der folgenden einfachen psychologischen Erwägung:

Je höher das Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Zahlung ist, d. h. je höheren subjektiven Werth das fragliche Gut zur Zeit nach dem Termin für ihn hat, desto weniger Chancen giebt es dafür, dass er die Einforderung des Gegenstandes auf spätere Zeit verschiebt. Andererseits giebt es desto mehr Chancen für die Verschiebung der Einforderung aus Rücksicht auf den Schuldner, je höheres Interesse des Schuldners an der einstweiligen Nichtzahlung in Betracht kommt, d. h. je grösserer Nutzen daraus für den Schuldner erwächst, resp. je grösserem Schaden dadurch vorgebeugt wird, dass die Einforderung auf spätere Zeit verlegt wird.

Die Erscheinung aber, dass ökonomische Güter eine Zeit lang dort verbleiben, wo sie intensivere Lebens- und Wirthschaftsbedürfnisse befriedigen, bedeutet, dass der Wohlstand des Volkes dadurch befördert, der Volksreichthum vermehrt resp. vor der Minderung bewahrt wird.

Jetzt können wir über den Werth des römischen Princips, wonach trotz der Verstreichung der Frist die Folgen des Verzuges ohne Mahnung nicht eintreten, urtheilen.

a. Der Gläubiger lässt den Termin verstreichen, ohne die Zahlung zu fordern, weil die Verlängerung des Verhältnisses für ihn nützlich ist (er ist mit der Anlage des Kapitals beim Schuldner z. B. zu 4% zufrieden und braucht das Geld nicht; es schadet ihm nichts, dass das geschuldete Pferd noch eine Zeit lang beim Schuldner verbleibt, da er einstweilen nicht in der Lage ist, das Pferd zu benutzen; im Gegentheil würde dasselbe ihm jetzt nur Kosten und Verlegenheiten verursachen).

b. Die Verschiebung der Zahlung ist für den Gläubiger weder besonders erwünscht, noch besonders unerwünscht; die Verstreichung des Termins ohne Leistung ist gleichgültig.

c. Die Zahlung am Tage des Termins wäre zwar für den Gläubiger erwünscht, er will aber das mehr oder weniger dringende Bedürfniss des Schuldners an der Verschiebung berücksichtigen.

Das römische Recht sagt nun: „Wenn der Gläubiger ein dringendes Interesse an der Zahlung hat, so kann er mahnen. Wenn er nicht mahnt, so ist es nicht nöthig, dass ich (das Recht) anstatt des Gläubigers das thue, was er als unnöthig betrachtet, und den Schuldner durch meine Vorschriften bedränge, indem ich für ihn (durch den metus periculi) den psychischen Druck schaffe, sogleich die Summe flüssig zu machen, auch wenn dazu die Hilfe eines Wucherers nöthig wäre.“ Der moderne Gesetzgeber dagegen, welcher den Satz: dies interpellat einführt, hemmt die Verwirklichung der oben dargestellten wohlthätigen Erscheinung in der Volkswirthschaft. Er stellt sich ausschliesslich auf die Seite der Gläubiger und will den Schuldner auch dann einschüchtern und zur Zahlung zwingen, wenn der Gläubiger dies nicht für nothwendig hält. Dies ist die verhängnissvolle Idee des rücksichtslosen und zerstörenden Kampfes ums Recht, des radikalen und überspannten Kapitalismus. Man sagt: der Satz dies interpellat entspringt der Natur der Sache und entspricht dem Rechtsbewusstsein des Volkes. Es ist eben sehr traurig, wenn man solche leere Phrasen ausspricht, anstatt nachzudenken und die Natur der Sache wirklich zu erkennen suchen. Der Satz entspricht dem Rechtsbewusstsein derjenigen, welche den Schuldner, der in Verlegenheit geräth und die Frist verstreichen lässt, als einen Delinquenten betrachten, welche sich im Namen des Gläubigers darüber empören

und den Schuldner Schadenersatz leisten lassen, obgleich viele Gläubiger die Idee der rücksichtslosen Verwirklichung der Vermögensrechte gar nicht für so nothwendig und heilig halten. Die Anerkennung des Satzes dies interpellat verwandelt freilich alle Gläubiger in rücksichtslose Egoisten noch nicht. Auch bei Geltung des Satzes bleiben viele Gläubiger humaner als der Gesetzgeber. Bei weitem nicht alle Gläubiger, denen die Schuld nach dem Termin gezahlt wird, werden die Zinsen und Zinseszinsen fordern und sonstige Rechnungen wegen des Schadensersatzes liquidiren oder vom Vertrage zurücktreten. Uebrigens wirkt auch hier der bekämpfte Satz schädlich. Denn die Geltung desselben bewirkt entsprechende Richtung des Rechtsbewusstseins. Wenn das Gesetz den Schuldner in Verlegenheit bestraft, so gewöhnen sich eben die Leute an die Idee des rücksichtslosen Kampfes um die Verwirklichung ihres Privatrechtes. Man gewöhnt sich an die Idee, dass der Schuldner wirklich die rücksichtslose Behandlung verdiene, die Gläubiger lernen ihren rücksichtslosen Egoismus als gerechtfertigt betrachten. Die entgegengesetzte Idee, dass man seine Gläubigerrechte mit Milde und Rücksicht üben, dass der Schuldner in Verlegenheit nachsichtig behandelt werden soll, dass die ökonomische Schwäche noch kein strafwürdiges Verbrechen ist, diese der Liebe des Nächsten entspringende und nationalökonomisch sehr nützliche Idee wird durch die Gesetze verdrängt, indem sie dem Volke einen anderen Instinkt einimpfen, welcher „der Natur der Sache“ entsprechen soll.

Dies interpellat entwickelt demoralisirende Motive und Triebe auch nach einer anderen Richtung. Er erzeugt für manche Gläubiger die Versuchung, absichtlich kein Lebenszeichen von sich dem Schuldner zu geben, um dann ihr Opfer mit ungeheurer Schadensersatzliquidation zu überraschen und in das Wuchernetz zu fangen oder den Vortheil des Rücktrittsrechtes zu erlangen.

Wir gewinnen eine desto grössere Achtung für die unbewusste nationalökonomische und ethische Weisheit des römischen Rechtes, wenn wir erwägen, dass es in Rom keinen gut organisirten Postdienst, keine Telegraphen, keine Telephone gab. Man hat dem Gläubiger für das allgemeine Wohl die Erfüllung der damals wirklich lästigen Formalitäten auferlegt, wenn sie den Schuldner in Verzugszustand versetzen wollten. Jetzt ist es eine kaum der Rede werthe Kleinigkeit, einen eingeschriebenen Brief an den Schuldner zu schreiben. Wie nützlich wären diese eingeschriebenen Briefe!

Wir haben die wichtigsten Schritte, welche der Entwurf über das römische Recht hinaus im Obligationenrechte gemacht hat, kennen lernen. Alle diese Schritte weisen eine merkwürdige Aehnlichkeit mit einander auf und zwar sowohl in Bezug auf ihren Ursprung, auf die Methode, deren Produkte sie bilden, als auch in Bezug auf ihre volkswirthschaftliche und volkspsychologische Bedeutung, d. h. ihren Einfluss auf die Massenpsychologie und den Wohlstand des Volkes. Um dies besser zu veranschaulichen fassen wir hier kurz die in den beiden Hinsichten gemeinsamen Eigenschaften der kritisirten Gesetze zusammen:

A. Civilpolitische Bedeutung:

a. Einfluss auf die Höhe des Volksreichthums. Dieser wird durch die Vorschriften des Entwurfes gemindert (der Satz dies interpellat wirkt gegen das Verbleiben der Güter dort, wo sie höheren Nutzen bringen; das Rücktrittsrecht des Entwurfes zerstört Massen von ökonomischen Gütern dadurch, dass es dieselben zum rechten Konsumenten, wo sie höheren Werth haben, nicht gelangen lässt, der Satz über die Nichterfüllung der versprochenen Leistung im Falle der Krisis in der Wirthschaft der Gegenpartei lässt ökonomische Güter nicht dahin gelangen, wo sie besonders nothwendig sind und zerstört eine Masse von Produktionsorganismen etc. etc. Sehr erhebliche Verstärkung dieser werthzerstörenden Wirkung besteht darin, dass die Benutzung der vom Entwurfe dem Gläubiger verliehenen Waffen den Schuldner meistens überrascht, d. h. seinen Wirthschaftsplan durchkreuzt und umstürzt, die Sachlage plötzlich verändert und auf diese Weise andere, von der Vorschrift des Entwurfes unmittelbar nicht berührte Funktionen und Theile der Wirthschaft mittelbar werthzerstörend in Mitleidenschaft zieht).

b. Einfluss auf die Vertheilung des Volksreichthums. Dieser besteht darin, dass durch die Vorschriften des Entwurfes gleichsam eine regelmässige und systematische Besteuerung der ökonomisch schwächeren Wirthschaften zu Gunsten der stärkeren geschieht. Die Grossproduktion gewinnt einen künstlichen Vorsprung vor den kleineren Wirthschaften; die in Bezug auf Kapitalkraft, Geschäfts- und Rechtskenntniss, Schlauheit und Rücksichtslosigkeit stärkeren Elemente gewinnen neue Kraft, um diejenigen Menschen, welche mit Mühe sich gegen den ökonomischen Untergang wehren, zu verschlingen.

c. Einfluss auf die Volkspsychologie. Das Schuldrecht des Entwurfes demoralisirt das Volk auf verschiedene Weise: 1) Zunächst begünstigt dasselbe den rücksichtslosen ökonomischen Egoismus, indem es die Gläubiger zu Grausamkeiten den Schuldnern gegenüber verleitet. Durch die Uebung im rücksichtslosen Betragen werden entsprechende Instinkte ins Leben gerufen und gestärkt. Die möglicherweise entstehenden Gewissensbisse können leicht durch die Formel beschwichtigt werden: „Ich habe ja so gehandelt, wie das Gesetz vorschreibt. Dies war mein gutes Recht.“ Auf der Seite der schlechten Instinkte steht die sittliche Autorität des Gesetzes. Jedenfalls hat der rücksichtslose Gläubiger ein Argument bei der Hand, welches er zur Abwehr der Vorwürfe, welche er etwa hört, mit Erfolg benutzen kann. Besonders charakteristisch ist in dieser Hinsicht die „billige“ Vorschrift des § 272 des zweiten Entwurfes, welche dem Gläubiger anräth, das ökonomische Unglück („wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen“) des anderen Theils dazu zu benutzen, diesem durch die Verweigerung der Erfüllung von übernommenen Pflichten zum endgültigen Ruin zu verhelfen. Aber auch alle anderen oben angeführten Vorschriften enthalten den Rath: „Wenn dein Mitkontrahent irgend welche ökonomische Schwäche zeigt, dann haue auf ihn los. Du bist der Stärkere, für dich ist die Welt da.“ 2) Die Vorschriften des Entwurfes beabsichtigen eigentlich nur die „berechtigten Interessen des Gläubigers zu schützen“. Bei der eifrigen Ausführung dieses praktischen Receptes hat man aber die Gesetze geschaffen, welche für den Gläubiger im Falle der ökonomischen Verlegenheiten auf der Seite des Schuldners oft positiven Vortheil ergeben. Das Unglück, die Unerfahrenheit oder der Leichtsinn der Gegenpartei erfreut dann den Gläubiger. Welchen Einfluss die daraus entstehende Association der Ideen auf die Seele des Gläubigers ausübt, brauchen wir nicht auszuführen. 3) Bisher haben wir vorausgesetzt, dass die Gläubiger nur in den Schranken der Gesetze bleiben, dass ihr Betragen vom Standpunkt des zukünftigen Gesetzbuches aus vollkommen legitim ist. Das Schuldrecht des Entwurfes verleitet aber die Gläubiger zu einem solchen Betragen, welches sogar vom Standpunkt des Entwurfes aus als verwerflich erscheint. Wenn der Gläubiger die Krisis in der Wirthschaft oder den Verzug der Gegenpartei thatsächlich so ausnutzt, wie der Entwurf vorschreibt, so ist sein Betragen vom rechtlichen Standpunkt aus vollkommen

korrekt. Manche Gläubiger werden aber die Paragraphen des Entwurfes viel schlauer ausnutzen. Die grosse Macht, welche ihnen durch diese Gesetze gewährt wird, werden sie oft je nach der Lage der Verhältnisse nur dazu benutzen, einen psychischen Druck auf das Opfer einwirken zu lassen, um den Nichtgebrauch ihrer Befugnisse durch ausbeuterische pacta erkaufen zu lassen. Der Satz „dies interpellat" hilft ihnen zu vermeiden, dass die Aufmerksamkeit des Opfers vorzeitig geweckt wird. Die übrigen oben kritisirten Gesetze bieten ihnen den für den Wucher unentbehrlichen psychischen Druck an.

B. Methode: Der praktische Zweck der obigen Vorschriften besteht im Schutz der Interessen der Gläubiger durch die Verleihung von materiellen Befugnissen, durch die Erleichterung der Procedur der Geltendmachung des Gläubigerrechtes, z. B. durch die Erleichterung des Beweises (Beseitigung der Beschränkung des Rücktrittsrechtes auf den Fall, wenn die verspätete Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat, bringt den praktischen Vortheil, dass dem Gläubiger der oft schwierige Beweis dieses Umstandes erspart wird; dies interpellat erspart dem Gläubiger die Mahnung und den Beweis derselben; die §§ 278, 574 ersparen dem Gläubiger den Nachweis des Verzuges für die Ausübung des Rücktrittsrechtes...). Zur Ehre des Verfassers ist anzuerkennen, dass er solche praktische Rücksichten gewöhnlich nicht als eine ohne Weiteres genügende Rechtfertigung und Erklärung der zu begründenden Vorschriften hinstellt (was nicht allen nachzurühmen ist). Er wirft gewöhnlich die weitere Frage auf, ob der Gläubiger den betreffenden seinen Interessen zugedachten Schutz verdient. Allein diese Frage wird nicht wissenschaftlich, vom Standpunkt der Nationalökonomie, sondern nach Rücksichten der Billigkeit entschieden, d. h. durch die Mittheilung, dass die fragliche Vorschrift dem unbewussten Rechtstakt, dem Rechtsinstinkt des Verfassers entspricht. Mitunter wird willkürlich behauptet, dass auch das im Volke lebende Rechtsbewusstsein die Vorschrift billige oder dass dieselbe den Bedürfnissen des praktischen Lebens, des Verkehrs oder der Natur der Sache entspreche. Solche Redewendungen sind nur als Zeugnisse zu betrachten, dass der Verfasser in betreffenden Fällen an die Richtigkeit seines praktischen Taktes oder Billigkeitsinstinktes besonders fest glaubt und darum dieselben objektivirt.

Wir haben nun bei der Darstellung römischrechtlicher Insti-

tute oft gesehen, dass die Motive, welche die römischen Juristen für ihre Entscheidungen anführen, das Institut resp. die einzelnen Sätze keineswegs rechtfertigen, dass sie nur den unbewussten Ursprung des Institutes und seiner einzelnen Sätze bezeugen, dass man aber durch die Zusammenstellung und Vergleichung der einzelnen Bestimmungen des Institutes und der verwandten Erscheinungen induktiv eine solche nationalökonomische Idee finden kann, deren bewusste Durchführung zu denselben Ergebnissen führen würde, zu welchen das römische Recht durch unbewusste Entwickelung gekommen ist.

Um nun nach Möglichkeit dem Princip audiatur et altera pars Genüge zu leisten, versuchen wir noch im Folgenden die kritisirten Vorschriften des Entwurfes einer ähnlichen logischen Manipulation zu unterziehen; wir streichen in Gedanken die wirklichen Motive und Protokolle dazu, welche die zu rechtfertigenden Vorschriften nur kompromittiren, und fingiren an deren Stelle andere u. E. weniger oberflächliche Motive:

a. Die kritisirte Reform des römischen Obligationenrechtes beruht auf folgendem Gedanken: Da für das Wachsthum des Nationalreichthums die Arbeitstheilung und die diese Arbeitstheilung fördernde Sicherheit des Tauschverkehrs von grosser Bedeutung ist, so reformirt der Entwurf das römische Obligationenrecht im Sinne der Verschärfung des psychischen Zwanges zur pünktlichen Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen.

Wenn dem Obligationenrecht des Entwurfes dieser Gedanke zu Grunde läge, so würden wir dagegen den Einwand richten, dass diese Auffassung einseitig manchesterlich ist, dass insbesondere neben der Höhe des Volksreichthums auch dessen Vertheilung in Betracht zu ziehen ist, vor Allem aber würden wir die vorgeschlagene Reform vom Standpunkt ihrer sittlichen Wirkung verwerfen und die Frage aufstellen, ob eine Gesetzgebung, welche ein einseitiges Gewicht auf die Höhe des Volksreichthums legt und die Volksethik nicht in Betracht zieht, überhaupt ihren Zweck, d. h. die Förderung des Volksreichthums, zu erreichen im Stande wäre. Immerhin würden wir eine solche Rechtfertigung schon deswegen höher, als die wirklichen Motive und Protokolle, stellen, weil es sich dabei nicht um die einseitige Besorgung der durch die Unpünktlichkeit des Schuldners verletzten Interessen der Gläubiger auf Kosten ihrer Gegenparteien handelt, sondern vielmehr um die Vorbeugung solcher anomalen und schädlichen Erscheinungen.

Indessen lässt sich die Neuerung des Entwurfes dem römischen Rechte gegenüber auf den obigen Gedanken nicht zurückführen, auch wenn wir die wirklichen Motive streichen und den Verfasser als theoretischen Anhänger der Ideen der Manchesterschule fingiren. Es ist nicht schwer zu konstatiren, dass die Erklärung durch die bezeichnete Motivationspolitik auf die Mehrzahl der Gesetzesvorschläge des Verfassers überhaupt nicht passt. So z. B. kann man keineswegs erwarten, dass in Folge des § 272 des E. II (vgl. oben S. 514) die dort geregelte species facti seltener würde. Jeder Schuldner hat ohne diese Vorschrift genügende Motive, sich gegen die wesentliche Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse nach Möglichkeit zu wahren. Die Vorschrift beugt der dort geregelten schädlichen Erscheinung nicht vor; sie führt dieselbe vielmehr herbei. Der § 272 bezeugt besonders klar, dass wir die Absicht, welche den Gesetzgeber bei der Erhöhung der Macht des Gläubigers geleitet hat, in den von uns sub a fingirten Motiven nicht errathen haben. Gegen unsere fiktiven Motive spricht auch der § 240. Das Princip dies interpellat vermehrt die pathologische Erscheinung, welche Verzug heisst, weil sie die Aufmerksamkeit des Schuldners einschläfert. Desgleichen sind diejenigen Vorschriften, welche dem Gläubiger ohne Voraussetzung irgend welcher culpa seitens des Schuldners das Rücktrittsrecht anbieten, kaum als Ausfluss der angedeuteten Motivationspolitik zu betrachten. Sonst würde der Verfasser jedenfalls die vis major anders regeln, weil hier das Motivationsprincip vollständig erlahmt. Man kann vernünftigerweise keinen psychischen Druck zur Abwendung des begrifflich Unabwendbaren schaffen. Unsere Fiktion ist also gescheitert. Die Absicht des Verfassers war eine andere. Das Motivationsprincip trifft nur zufällig (als eine unbeabsichtigte gute Seite der Vorschrift) bei einigen Regeln des Entwurfes zu. Namentlich ist anzuerkennen, dass das Rücktrittsrecht im Falle des Verzuges des Schuldners den Verzug seltener macht. Indessen kann uns diese Erwägung in Anbetracht der bedenklichen volkswirthschaftlichen und sittlichen Natur des Rücktrittsrechtes über die Nothwendigkeit desselben nicht überzeugen. Auch übt das Institut des Schadensersatzes nach unserer Meinung, welche mit dem römischen Recht übereinstimmt, einen genügenden Druck auf den Schuldner aus. Was darüber hinaus ist, kann sich als eine nach vielen Richtungen schädliche Grausamkeit erweisen. Die Civilpolitik wird im Allgemeinen für die Milderung des Civilrechtes,

insbesondere des Schuldenrechtes eintreten; es wird sich dabei nicht um „Schwäche und Sentimentalität“ handeln, sondern um wissenschaftlich begründete Principien und um einen wirklich wohlthätigen Fortschritt im entgegengesetzten Sinne, als dies der Entwurf thut. Das Ziel der Civilpolitik besteht in der fortwährenden Annäherung zur Liebe, in der Veredelung der Motivation im Socialleben. Darum wird das durch die Civilpolitik geleitete Civilrecht jeden von ihm selbst und durch andere Kulturfaktoren (Schule, Kunst etc.) bewirkten Fortschritt der menschlichen Seele dazu benutzen, seine Institute der edleren Psychologie anzupassen, um die Motivation, auf welcher die Wirkung seiner Institute beruht, seinerseits weiter zu veredeln. Dahin gehört insbesondere die fortschreitende sachgemässe Abschwächung der auf den Fall des schädlichen Betragens angedrohten Uebel. Die Einführung oder die Beibehaltung eines zu starken psychischen Druckes dieser (egoistischen) Natur ist das grösste Verbrechen gegen Liebe und Kultur, weil dadurch die Entwickelung der edleren Motivation gehemmt wird. Dies soll im Folgenden genauer erklärt werden:

Bei dem Spiel der Erwägungen in der menschlichen Seele siegen die stärkeren Motive über die schwächeren. Man beachtet diese Erscheinung seit dem Alterthum und zwar nicht nur im Gebiete der Psychologie, sondern auch im Gebiete des Rechtes, namentlich des Strafrechtes. In den Perioden, wo die Strafrechtswissenschaft diesem Satz eine besonders grosse Aufmerksamkeit zuwandte, siegte die sog. Abschreckungstheorie. Zur Zeit der Herrschaft dieser Theorie wurden die Strafen meistens verschärft, das Strafrecht gewann an Grausamkeit. Die logische Konsequenz scheint klar und zwingend zu sein: je stärker das Motiv, welches verbrecherischen Willen bewältigt, desto sicherer die Wirkung der Strafe; je schärfer die Strafen, desto seltener die Verbrechen. Zur Zeit des ideellen Enthusiasmus, der grossen und schönen Ideen, der edleren Richtung der Wissenschaft und der Politik hat man gewöhnlich gegen die Abschreckungstheorie mit Entrüstung gekämpft und nach einem edleren Grund und Ziel für das Strafrecht gesucht. Zur Zeit der humanen Ideen hat man auch das Strafrecht humaner gestaltet. Damals hat die Strafrechtswissenschaft die grössten und schönsten Erfolge errungen, deren Bedeutung Niemand zu leugnen wagt. Höchst merk-

merkwürdig! Die Abschreckungstheorie scheint ja so einfach, einleuchtend und praktisch zu sein. In unserem praktischen Zeitalter hat man natürlich der Abschreckungstheorie wieder die herrschende Rolle verschafft und man bekämpft schon die Milde des gegenwärtigen Strafrechtes. Von dieser wie von der mit ihr zusammenhängenden Tendenzen befürchten wir den grössten Schaden für die Kultur.[1]

---

1) Selbstverständlich leugnen wir nicht, dass die Strafe vom Verbrechen abschreckt. Wer könnte eine so einfache und primitive Erfahrungsthatsache leugnen! Ebensowenig können wir Etwas gegen die Berücksichtigung dieser Wahrheit in der Strafwissenschaft einwenden. Wir sind eher geneigt, den alten und modernen Anhängern der Abschreckungstheorie den Vorwurf zu machen, dass ihre Methode oft gegen den von ihnen in den Vordergrund gestellten theoretischen Satz verstösst. Wir selbst haben in unserer Darstellung nicht nur diesen theoretischen Satz bei der Beurtheilung der Privatstrafen des römischen Civilrechtes methodologisch verwerthet, sondern auch die analoge Erstreckung und die theoretische und methodologische Verwerthung der im Texte angeführten psychologischen Wahrheit auf die Gebiete der Civilrechtswissenschaft vertreten, in welchen es sich eigentlich nicht um Strafen (sondern z. B. um Restitutionsleistungen, nicht actiones poenales und mixtae, sondern rei persecutoriae) handelt. Wenn wir aber auf solche Weise die Richtigkeit des Satzes über die abschreckende Wirkung der Strafe anerkennen, ja verwandten Sätzen methodologische Geltung zu verschaffen suchen, so bedeutet dies keineswegs, dass wir uns zu den Anhängern der Abschreckungstheorie und der durch sie in der neuesten Zeit ins Leben gerufenen Tendenzen und Postulate rechnen. Mit ebensolchem Recht könnte man uns imputiren, dass wir zu den alten Irrthümern der Manchesterschule zurückgekehrt sind und das Civilrecht und den Verkehr auf reinen Egoismus gründen, weil wir manche von Adam Smith und Ricardo vertretene Sätze als richtig anerkennen und methodologisch in neuen Gebieten zu verwerthen suchen. Der Satz, dass egoistische Motive, insbesondere die Furcht vor den für den Handelnden üblen Folgen der Handlung, desgleichen die Neigung, Handlungen des egoistischen Nutzens wegen zu begehen, das menschliche Leben beeinflussen, ist weder durch die Manchesterschule noch durch die strafrechtliche Abschreckungstheorie entdeckt, noch wird er von den Gegnern derselben geleugnet. Bei dem uns interessirenden Gegensatz der Anschauungen handelt es sich vielmehr nur darum, ob wir im Gebiete des Rechtes und der Politik, insbesondere im Gebiete der Strafe und des Verkehrs, das egoistische Motiv als das höchste, Alles erklärende Princip zu behandeln und ob wir uns entsprechend bei der Gesetzgebung einseitig auf den menschlichen Egoismus zu stützen haben. — Nach unserer Anschauung ist das Ziel der Strafpolitik dasselbe, wie des gesammten Rechtsmechanismus. Es soll nur im Namen der Liebe gestraft werden. Freilich ist die Wirklichkeit mit diesem Ideal sehr wenig im Einklang, weil die thatsächliche Strafrechtsgesetzgebung vielfach durch die jeweiligen Interessen des Staates oder der darin herrschenden Elemente, und zwar oft durch Interessen nicht besonders hoher Natur bestimmt wird. Es handelt sich aber eben nicht um die Erklärung und Rechtfertigung der Wirklichkeit, sondern um das Ideal. Vom Standpunkt dieses Ideals ist das thatsächliche Strafgesetz, welches nicht der Liebe wegen existirt, sondern nur ein Element der Interessenpolitik bildet, kein Recht, sondern vielmehr ein Unrecht, eine Rechtsverletzung. Da die Liebe etwas Positives ist, so kann man unmöglich das höchste Ziel der Strafe in der negativen Wirkung derselben, in dem Kampfe gegen das Verbrechen erblicken. Diese Sätze sind für uns a priori (vom Standpunkt des Axioms, des absoluten Postulates

Der Hauptfehler, welcher zur Bekämpfung der humanen Tendenzen im Gebiete des Strafrechtes verleitet, besteht u. E. darin,

---

der Politik, der Liebe) absolut richtig. Eine andere Frage ist, ob und auf welche Weise das obige Ziel der Strafe verwirklicht werden kann oder verwirklicht wird. Hier ist eine auf thatsächliche Erfahrungen gestützte Kritik zulässig und nothwendig. In dieser Hinsicht dürfte wohl Folgendes als richtig betrachtet werden: Durch die möglichst konstante und unbedingte Verbindung der Strafe mit einer gewissen der Liebe und Vernunft widersprechenden Handlung soll die Volkspsychologie mittelst Erzeugung entsprechender Association der Ideen dahin entwickelt und gestärkt werden, dass das der Liebe und Vernunft widersprechende Betragen grässlich, abscheulich, tadelnswerth (negative Wirkung) und das entgegengesetzte Betragen schön, gut, lobenswerth erscheint (positive Wirkung der Strafe). Die Nothwendigkeit der unbedingten Verbindung der Strafe mit dem Verbrechen im Gesetze und des möglichst konstanten thatsächlichen Folgens der Strafe hinter dem Verbrechen ergiebt sich aus der genannten psychologischen Grundlage der Strafpolitik (Association der Ideen) von selbst. Die Entstehung, die Kraft und die Bedeutung der Association der Ideen hängt eben davon ab, inwieweit gewisse Eindrücke durch die Wirklichkeit konstant gepaart werden. Daraus ersieht man, dass die neueste Reformbewegung, welche dahin abzielt, die unbedingte Verbindung der Strafe mit dem Delikte aufzuheben (bedingte Verurtheilung), in ihren psychologischen Fundamenten grundfalsch ist.

Wir unterschätzen keineswegs die negative Wirkung der Strafe. Das Endziel besteht indessen in der positiven Wirkung. Das entscheidende Gewicht legen wir also nicht darauf, dass z. B. das Strafrecht auf die oben angedeutete Weise im Volke eine sozusagen organische Abneigung gegen Mord, Körper-, Ehrenverletzung, Raub, Diebstahl etc. stärkt, sondern darauf, dass es die Entwickelung der Liebe und der Achtung für den Nächsten und die Gemeinschaft im Allgemeinen fördert (Association konträrer Ideen, Association durch die Reaktion ins Entgegengesetzte). Es stärkt also die Quelle sehr mannichfacher, zahlreicher und wichtiger positiver Erscheinungen im Socialleben und Eigenschaften des menschlichen Charakters (welche unter Anderem wiederum zahlreichen pathologischen Erscheinungen, die im Strafgesetzbuch nicht vorgesehen sind, den Boden entziehen). Wir sind schon vom Standpunkt des gegenwärtigen Soziallebens und der Kulturgeschichte überzeugt, dass das bezeichnete positive Moment vielfach höher als das negative zu veranschlagen ist. Die Politik hat aber mit der Zukunft der Kultur und ihrem Ideal zu thun. Von diesem einzig massgebenden Standpunkt aus betrachten wir die Formel „Abschreckung von Verbrechen" als höchst primitiv und unzulänglich. Wenn mit dem Fortschritt der Kultur manche Delikte ihren Boden vollständig verlieren oder thatsächlich fast gar nicht in Betracht kommen (sei es in Folge eines anderen Systems der Gütervertheilung, sei es in Folge anderer technischer Fortschritte, sei es in Folge der erreichten Kultur der menschlichen Seele), so wäre dann vom Standpunkt unserer Auffassung zu sagen: Obgleich jetzt der Raub, der Diebstahl etc. im Socialleben ausgeschlossen sind, so lebt doch das Strafrecht der vergangenen Kulturepochen in unserer hohen Kultur, in dem positiven Guten, welches es geschaffen hat, fort und wird immer ein Kulturelement, einen Bestandtheil der zukünftigen Liebe bilden. Es hat im Namen des höchsten Ideals, der Liebe, gewirkt. Dasselbe gilt von jeder Politik, welche die Verbesserung, die Erziehung der menschlichen Seele zum positiv Guten erstrebt und bewirkt. Vom Standpunkt der Abschreckungstheorie wäre dagegen dann zu sagen: Das vergangene Strafrecht hat die Besorgung vorübergehender Interessen der damaligen Menschen bezweckt. Die massgebenden Elemente haben sich nicht gescheut, im Namen ihrer Interessen Menschen zu tödten, sie ihrer Freiheit zu berauben etc.

Wenn die Strafrechtswissenschaft die für den Erfolg jeder Wissenschaft nöthige Selbstachtung gewinnen und das dauernde Gute leisten will, so muss

dass man unter dem Sieg der stärkeren Motive nur den Ausgang des Kampfes zwischen entgegengesetzten Neigungen und Erwägungen versteht. Was dagegen die in derselben Richtung wirkenden Motive anbetrifft, so stellt man sich die Sache so vor, als ob hier eine Addition der Stärke erfolgte. In Wirklichkeit ist aber das Verhältniss der in derselben Richtung wirkenden Motive nicht das der einfachen Addition und Unterstützung. Die meschliche Seele ist kein Rechnungsbuch und darin existirt kein Mechanismus für die genaue Bemessung des Gewichtes von in Betracht kommenden Gefühlen und Interessen. Wer sich selbst, die Wirkung verschiedener Erziehungsmassregeln auf Kinder, Erscheinungen der Volkspsychologie beobachten würde, der käme zur Ueberzeugung, dass auch die zu derselben Handlung führenden Gefühle, Interessen etc. einander vielfach unterdrücken. Wenn wir uns für eine Handlung entscheiden, so geschieht dies gar nicht auf die

sie das hässliche Gewand der Abschreckungstheorie wegwerfen, vor Allem für die Verständigung über das Wesen des Fortschrittes sorgen und die Erziehung des Menschen zum Ideal als das einzig massgebende Ziel sich setzen. Für den Erfolg der psychischen Verbesserung, der Erziehung, ist selbstverständlich das gründliche Kennen der menschlichen Psychologie und ihrer Gesetze (namentlich der Gesetze der sog. Association der Ideen) unentbehrlich.

Gegen die methodologische Berücksichtigung der abschreckenden Wirkung der Strafe ist, wie gesagt, nichts einzuwenden, wenn man nur die positive und höhere Bedeutung des Strafrechtes im Allgemeinen nicht ausser Acht lässt. Auch bei einzelnen Fragen genügt eine Erklärung oder Kritik vom Standpunkt der Abschreckung oft nicht. Es sind Fälle denkbar (und sie kommen auch thatsächlich vor), in welchen die Bestrafung eines an sich verderblichen Betragens vom Standpunkt der Abschreckung zwar nützlich und angerathen, vom Standpunkt der tieferen ethischen Wirkung dagegen sehr bedenklich ist. Die Beherzigung dieser Erscheinung ist bei den sog. politischen Verbrechen nicht warm genug zu empfehlen.

Der Widerspruch zwischen der Abschreckungsfunktion und der tieferen Wirkung der Strafe offenbart sich auch bei jeder Art des Deliktes, wenn die Strafe zu hart ist; in den Augen des Volkes als ungerecht erscheint. Eine solche Strafe schreckt zwar besser ab, als eine mildere, sie übt aber gleichzeitig einen schädlichen Einfluss auf die Volkspsychologie aus, indem hier (wiederum auf dem Wege der Association der Ideen) eine gewisse Sympathie oder jedenfalls eine Abschwächung des sittlichen Tadels dem Delinquenten und dem Delikte gegenüber herbeigeführt wird.

Wenn noch dazu die zu harte Strafe auf eine den edlen Motiven entstammende That gesetzt ist, so kann die abschreckende Wirkung durch die Erzeugung der Sympathie für den Delinquenten und das Delikt selbst nicht nur im Endergebniss neutralisirt, sondern auch vielfach übertroffen werden.

Aus diesen und dem noch wichtigeren, im Texte angegebenen, Grunde muss der Staat in vielen Fällen auf eine energische „Abschreckung" verzichten und nach anderen Mitteln für die Heilung der Krankheit suchen. Man hat bemerkt, dass manche Delinquenten keinen Schrecken vor den kurzen Gefängnissstrafen empfinden, und man agitirt darum gegen die Milde des gegenwärtigen Strafrechtes. Die Logik dieser ganzen Strömung scheint uns nicht besonders tief zu sein (vgl. den Text).

Weise, dass wir Alles, was dafür spricht, auf uns gleichzeitig oder succesive unter Addition der psychischen Stärke davon einwirken lassen. Es handelt sich meistens vielmehr um die unmittelbare Befolgung einer einzelnen Erwägung, welche auf uns einen grossen Eindruck macht, oder um die Auswahl eines auf uns besonders stark einwirkenden Motivs. Auf diese Weise geschieht es gewöhnlich, dass die schwächeren Erwägungen, Gefühle etc., welche für eine Handlung sprechen würden, in Folge des Bestehens eines anderen starken Spornes in derselben Richtung gar nicht zur Geltung kommen oder nach ihrer etwaigen Berücksichtigung in Folge des Ueberganges unserer Aufmerksamkeit zum stärkeren und auf uns einen besonderen Eindruck machenden Motiv in Schatten treten, zurückgedrängt werden. Diese für unsere weitere Darstellung, für die gesammte Civilpolitik, ja für die ganze Kultur und ihren Fortschritt höchst wichtige psychologische Wahrheit wird, glauben wir, Jedem aus folgenden Beispielen einleuchten:

α) Der geliebte Vater liegt auf dem Krankenbett und die Kinder befürchten seinen Tod. Dieses Unglück würde sehr zahlreiche und verschiedenartige geringe und wichtige Interessen der Familienmitglieder berühren; die Tochter wird in der kommenden Saison nicht tanzen können, auch für die spätere Zeit wird sie einen Begleiter für Tanzkränzchen vermissen müssen; sie wird nunmehr keine gute Partie finden können; der Sohn wird sein Studium unterbrechen müssen. Werden die Kinder in einem solchen Falle zur sorgfältigen Pflege des Kranken durch die Addition der Stärke von verschiedenen grösseren oder geringeren egoistischen Interessen oder vielmehr einzig und allein durch die Liebe zum Vater angespornt? Eine Antwort wäre überflüssig. An Tanzabende oder dergl. könnte die Tochter nur dann denken, wenn sie keine Liebe für den Vater empfände.

β) Ein Minister, welcher von der Liebe zum Volk und Begeisterung für sein Thätigkeitsgebiet beseelt ist, denkt bei seinen Bemühungen, den besten Erfolg zu erzielen, an die eventuelle Ordenauszeichnung gar nicht. Wenn wir dagegen den Fall voraussetzen, dass ein despotischer Herrscher seinem Minister auf den Fall des Misserfolges Todesstrafe angedroht hat, so können die edleren Motive je nach der Gesinnung des Ministers in Schatten treten oder ganz unterdrückt werden, und er wird lediglich aus Furcht vor der Strafe für den guten Erfolg arbeiten.

Daraus folgt das Theorem für die Staats-, Civilpolitik u. s. w. Die Benutzung des Lohnes und der Strafe, im Allgemeinen das Spielen auf den egoistischen Saiten des menschlichen Charakters übt eine direkt verderbliche und demoralisirende Wirkung auf die Individuen oder Menschenklassen aus, von welchen ein gewisses Betragen auch ohne die Benutzung des Egoismus oder ohne eine so starke Hereinziehung des Egoismus (zu grosse Höhe der Strafe oder des Lohnes) erwartet werden könnte, weil die egoistischen Motive dann Oberherrschaft gewinnen und die Uebung und Stärkung der edleren Motive verhindern.

Wenn also der Abschreckungstheorie mit logischer Konsequenz die Tendenz der Strafenverschärfung entspringt, so geschieht es darum, weil diese Theorie, welche sich der wissenschaftlich-psychologischen Begründung rühmt, gerade in ihren psychologischen Grundlagen falsch und einseitig ist. Da sie sich einseitig auf den Egoismus stützt, so ist von ihr eher die Verbreitung von verbrecherischen Erscheinungen als die Minderung zu erwarten, weil sie, konsequent angewendet, die Volksethik verdirbt.

Derselbe Einwand ist gegen den Entwurf mit seinem übertrieben grausamen Obligationenrecht zu richten, obgleich der Verfasser an die analoge Anwendung der Abschreckungstheorie auf das Civilrecht gar nicht gedacht hat.

Zur Würdigung des Rücktrittsrechtes beim Verzug und des ganzen zukünftigen Schuldenrechtes ist ferner noch zu beachten, dass der Entwurf dem Verschulden, welches den Verzug begründet, auch die Erscheinung gleichstellt, welche in Wahrheit vom Willen des Schuldners nicht abhängt, nämlich den Mangel an Vermögensmitteln. Wer zu wenig Geld hat, der wird dafür nach allen Regeln der Folterkunst des Entwurfes behandelt (§ 235 E. II):

„Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“

Der Grundsatz sieht etwas cynisch aus und wäre an sich geeignet, im Publikum einen besonderen ethischen Skepticismus in Bezug auf die Principien des Civilrechtes, somit der herrschenden Ordnung der Güterverteilung im Allgemeinen, ins Leben zu rufen.

In der That wird dadurch unnöthigerweise das Civilrecht kompromittirt und ein sittliches Aergerniss erzeugt. Es sollte sich vielmehr darum handeln, dass derjenige, welcher etwas zu leisten versprochen hat, obgleich er wusste oder beim ernsten Nachdenken voraussehen konnte, dass er sein Wort gar nicht oder doch nicht rechtzeitig einlösen wird, sich eines leichtsinnigen Betragens (culpa) schuldhaft gemacht hat und die Verantwortlichkeit dafür tragen muss. Dieses ethisch und volkswirthschaftlich berechtigte Princip, als Gesetz gefasst, würde dem Volke vollkommen verständlich erscheinen und keinen Anstoss erregen. Etwas ganz Anderes bestimmt der Entwurf, welcher den Schuldner den Konventionalstrafen, dem Schadensersatz, dem Rücktrittsrecht etc. gerade im Falle der unverschuldeten und unvorhergesehenen ökonomischen Noth unterwirft und die Krisis durch diese überflüssige Grausamkeit verschärft und oft zur tödtlichen macht.[1]

Dann ist noch zu erwägen, dass der civilrechtliche Begriff der culpa seinem Wesen nach so geartet ist, dass er vom ethisch-psychologischen Standpunkt aus auch viele Fälle der Haftung für Zufall in sich schliesst (wobei man an die Frage nach dem Determinismus oder Indeterminismus gar nicht zu denken braucht). Nicht jeder ist so glücklich, immer so handeln zu können, wie ein kluger und tüchtiger paterfamilias im betreffenden Falle handeln würde.[2] Je höher nun die sociale und rechtliche Kultur

1) Einen entgegengesetzten civilpolitischen Missgriff enthält die erste Hälfte des § 235, wonach bei Speciesschulden das Unvermögen des Schuldners zur Bewirkung der noch möglichen Leistung der Unmöglichkeit gleichsteht. Hier wird wiederum nicht unterschieden, ob das Unvermögen vorausgesehen war (oder doch vorausgesehen werden konnte) oder nicht. Dadurch werden leichtsinnige und unredliche Rechtsgeschäfte ins Leben gerufen.

2) Uebrigens will der zweite Entwurf im Gegensatz zum ersten den römischen Begriff der culpa fallen lassen und durch den Begriff: „Ausserachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ (§ 233) ersetzen. Trotz der scheinbaren Einfachheit scheint uns diese Definition höchst misslungen zu sein. Soll nunmehr nur ein gewisser Grad der Anspannung der Willenskraft gefordert werden? Es ist sicher, dass der Verfasser eine Reform von solcher Tragweite nicht beabsichtigt hat. Er hat sich vielmehr nur ungenau ausgedrückt, ohne das Wesen der culpa (objektiver Massstab) ändern zu wollen. Es wird also nicht ein durch die Forderungen des Verkehrs bestimmter Grad des guten Willens, sondern eine bestimmte objektive Qualität des Betragens gefordert. Welchen Grad der Güte dieses Betragens darf der Gläubiger vom Schuldner gesetzlich beanspruchen? Darauf ertheilen die Worte „der im Verkehr erforderlichen“ die Antwort. Was bedeuten diese Worte? Vielleicht wird damit ein solches Betragen gemeint, welches für das Gedeihen „des Verkehrs“ erforderlich ist? Dies hat der Gesetzgeber kaum sagen wollen. Es

des Volkes und je schwerer der Kampf um die ökonomische Existenz ist, ein desto geringerer Procentsatz der Masse von Verzugsfällen beruht auf positivem bösem Willen oder Mangel an gutem Willen der Schuldner, ein desto grösserer Procentsatz von Verzugsfällen und anderen objektiven Verletzungen des Gläubigerrechtes beruht dann auf solchen Ursachen, gegen welche der psychische Druck nichts auszurichten vermag. Die Sorgfalt und die Pünktlichkeit der Deutschen bei der Erfüllung von Kontraktspflichten ist bei den Völkern, welche mit ihnen zu thun haben, sprichwörtlich geworden. Ein weiser Gesetzgeber würde diesen Zustand der Rechtskultur zur Ermässigung der Strenge des Schuldenrechtes benützen, nicht aber so rücksichtslose, moralische und ökonomische Güter zerstörende, Massregeln einführen.

b. Da das Motiv sub a, wie ausgeführt, auf die meisten kritisirten Vorschriften überhaupt nicht passt, so versuchen wir ein anderes Motiv dem Entwurfe zu unterstellen. Der Gesetzgeber wollte vielleicht die von ihm so arg misshandelten Schuldner kreditfähiger machen. Wenn der Gläubiger weiss, dass er nur insofern an die Kreditzusage gebunden ist, inwiefern der Schuldner seine Verpflichtungen ordentlich erfüllt oder kreditwürdig bleibt, so wird er mit solchen Leuten den Vertrag schliessen, welchen er beim anderen Civilrecht den Kredit nicht gewährt hätte.

Um dieses Argument zu entkräften, würde es genügen, auf die obigen Ausführungen (vgl. insbes. S. 515), die gezeigt haben,

war ja gerade seine Aufgabe, denjenigen Grad der „Sorgfalt“ (im objektiven, juristischen Sinne) zu finden, welcher vom Standpunkt des Gedeihens des Verkehrs gesetzlich zu fordern ist. Der Verfasser wollte ja sicher die Frage beantworten, nicht aber derselben ausweichen. Vielleicht bedeuten die fraglichen Worte: diejenige Sorgfalt, welche die Berechtigten im Verkehr von den Verpflichteten verlangen, deren Anwendung die Berechtigten zufriedenstellt. Auch dies ist kaum anzunehmen. Man muss doch für die Forderungen und Prätensionen der Berechtigten eine Grenze ziehen. Dies war ja gerade die Aufgabe des Gesetzgebers. Die beste Deutung scheint uns im Folgenden zu bestehen: „es wird ein solches Betragen gefordert, welches die Berechtigten im Verkehr von Verpflichteten mit Recht fordern dürfen.“ Dies ist jedenfalls eine vollkommen unschuldige petitio principii. Warum hat man den römischen Begriff der Schuld verlassen, wenn man an dessen Stelle nichts Besseres, als ein solches unlogisches Zeug vorzuschlagen im Stande ist? Das Wort „paterfamilias“ kann freilich der gegenwärtigen geringeren Bedeutung der Familie und grösseren Bedeutung des Individuums gemäss durch eine mehr individualistische Bezeichnung ersetzt werden. Abgesehen von den stylistischen Fragen sind wir nicht im Stande, irgend einen Fehler im römischen Begriff der culpa zu entdecken. Wenn man das im Texte Gesagte und die Verwendung des Begriffes im Civilrecht berücksichtigt, wird man anerkennen müssen, dass er streng genug ist.

welche Desorganisation der Entwurf im Gebiete des (gesunden und nothwendigen) Kredites herbeiführt, zu verweisen. Wenn wir aber die negative Einwirkung des Entwurfes auf den Kredit bei Seite setzen und nur insofern seine Rechtssätze kritisiren, als sie wirklich den Kredit fördern, so würden wir auch dann unbedingt gegen die vorgeschlagenen Reformen votiren, und zwar gerade wegen dieser Förderung des Kredites. Das Wesen der kreditfördernden Wirkung der Regeln des Entwurfes besteht darin, dass sie das Kreditangebot in denjenigen Fällen ins Leben rufen, wo die Anfrage durch den Zustand der Wirthschaft und den Charakter des Kreditsuchenden an sich nicht gerechtfertigt wäre. Die ökonomische und sociale Grundlage für den Kredit fehlt und dennoch empfiehlt das Gesetzbuch die Kreditgewährung, indem es dem Kreditgeber verspricht, dass der leichtsinnige oder zu eigennützigen Spekulationszwecken eingegangene Vertrag im Falle einer dauernden Gefahr unerfüllt bleiben oder rückgängig gemacht, im Falle einer vorübergehenden Nothlage des Schuldners zur Erzeugung des psychischen Druckes und Erpressung neuer Vortheile benutzt werden kann. Die volkswirthschaftliche Wirkung des durch den Entwurf künstlich erzeugten Kredites ist dreifach: 1. Die kreditunfähigen Wirthschaften erscheinen auf dem Kreditmarkt, machen der gesunden Kreditanfrage Konkurrenz und vertheuren den Kredit; 2. der dem Menschen als Wirthschaftssubjekt eigenthümliche Optimismus bei der Abwägung der Chancen mit der durch die Verspätung von nothwendigen Reformen des Rechtes genährten grenzenlosen Erwerbssucht und der oft höchst pathologischen Tendenz, den Umfang der Wirthschaft zu erweitern, kombinirt, verleitet zur leichtsinnigen Kreditanfrage, zum ökonomischen Lotteriespiel. Der Entwurf erleichtert hier die aleatorische und selbstmörderische Kreditanfrage, die leichtsinnige Spekulation und die wirthschaftlichen Krisen. Den Verschwendern erleichtert er den Konsumptionskredit; 3. er erzeugt das Angebot des Kredites zu wucherischen Zwecken.

c. Dem Entwurfe liegt vielmehr eine andere Idee (natürlich in unbewusstem Zustande) zu Grunde. Diese Idee ist: der ökonomische Kampf ist zu verschärfen, damit die minder kampffähigen Elemente ausgeschieden werden. Wie die Pflanzen- und die Thierwelt sich dadurch vervollkommnet, dass die vollkommeneren Individuen die weniger vollkommenen verdrängen, ebenso wird auch der

sociale Fortschritt bewirkt. Der Sieg der Stärkeren und der Fortschritt sind adäquate Erscheinungen.[1]

Eine ähnliche Idee liegt dem Handelsrechte zu Grunde. Wer dieser Art des Verkehrs nicht gewachsen ist (zu wenig Kapital,

---

1) Die Idee an sich verdient u. E. keine eingehende Widerlegung. Nur vom psychologischen Standpunkt aus ist zu bemerken: Wenn die Gelehrten, welche ihr Leben hauptsächlich den Naturwissenschaften und namentlich dem Darwinismus und der Evolutionstheorie widmen, ihre entsprechenden philosophischen Anschauungen, einseitigen methodologischen Gewohnheiten, oft auch gewisse eigenthümliche ethische Ueberzeugungen und Instinkte mitnehmen, wenn sie das sociale Gebiet betreten, so erscheint dies desto mehr psychologisch erklärlich und entschuldbar, als diese Gelehrten oft sehr mangelhafte Kenntnisse von den ökonomischen und rechtlichen Erscheinungen besitzen. Geradezu sonderbar erscheint es uns aber, wenn die daraus entstehenden Irrthümer im Gebiete der Rechtswissenschaft unkritisch nachgeahmt und (wenn auch nicht unter dem Namen der Evolutionstheorie) popularisirt werden. Gerade die Juristen dürften niemals vergessen, dass die Bedingungen des Kampfes ums Leben und des Sieges der Individuen auf dem socialen Gebiete grundsätzlich verschieden von denjenigen in der Thier- und Pflanzenwelt sind, dass insbesondere das objektive Recht und die subjektive rechtliche und sociale Stellung des jeweiligen Individuums die Bedeutung der natürlichen Eigenschaften im socialen Kampf in Schatten treten lassen. Der Herr hat immer ein entschiedenes Uebergewicht dem Sklaven, dem Leibeigenen gegenüber, der Reiche und der Gebildete dem Armen und dem Ungebildeten gegenüber. Diese socialen und rechtlichen Voraussetzungen (nicht aber die natürlichen organischen Eigenschaften des Individuums) entscheiden über den Sieg: dieselben gehen zwar auf die Kinder über, aber wiederum nicht auf natürlichem, organischem Wege, sondern auf dem Wege des Erbrechtes und anderer Grundsätze der socialen Ordnung. Wie kann man hier dieselben Ergebnisse von dem Kampfe erwarten, wie bei Thieren und Pflanzen? Anstatt der Kräftigung und Besserung des Organismus wird hier vielmehr als Ergebniss des Kampfes und des Sieges oft die Schwächung und die Degeneration erscheinen. Die privilegirte sociale Stellung, die Möglichkeit des Nichtsthuns, des leichten und feinen Genusses schwächt die natürliche That- und Widerstandskraft des Individuums ab. Anstatt der besseren organischen Anpassung ergiebt sich vielmehr die Unbehülflichkeit, welche sogleich klar wird, wenn die privilegirte Stellung verloren geht. Ferner sind im socialen Kampfe die Objekte des Kampfes und des Sieges wesentlich von denen in der Thierwelt verschieden. Während hier als Opfer des Kampfes Organismen anderer Gattung erscheinen, so dass die durch den Kampf sich entwickelnden Instinkte anderer Gattung, nicht aber der eigenen Gattung oder Gemeinschaft (Heerde etc.) gefährlich werden, geschieht der sociale Kampf innerhalb der Gattung (homo sapiens) und hauptsächlich innerhalb der Gemeinschaft (z. B. im Staate). Ob aber der rücksichtslose Egoismus, mitunter die Unredlichkeit, welche oft zum Sieg verhilft, der Gattung und der Gemeinschaft nützlich sind, darüber dürften auch die Vertreter der Anwendung des Evolutionismus (mit seinen Idealen) auf die menschliche Kultur kaum im Zweifel sein. — Die Art des Sieges ist gleichfalls in den beiden Gebieten grundverschieden. Im Socialleben handelt es sich doch nicht um Leben und Tod, sondern um den Kampf für eine bessere sociale Stellung. Die Besiegten gehen doch physisch nicht unter; ja man beobachtet oft die Erscheinung, dass die ökonomisch und rechtlich Unterdrückten zahlreichere Nachkommenschaft hinterlassen, als die Sieger im Socialkampf. Auch hier, wie in allen wesentlichen Punkten, spotten die Rechtsordnung und die Kulturideen über die Evolutionstheorie, und darüber können wir uns nur freuen.

Geschäfts-, insbesondere Rechtskenntniss, zu schwache merkantile Tendenzen hat), der soll ausscheiden. Hier giebt es keinen Raum für die Berücksichtigung der menschlichen ökonomischen und psychischen Schwäche, für das Mitleid und die Nachsicht; die störenden Elemente müssen weggeschafft werden oder freiwillig ausscheiden. Die Uebereinstimmung der Grundtendenzen des Entwurfes mit denen des Handelsrechtes ist nicht zufällig. Die oben kritisirten Vorschriften bilden nichts weiter als eine ungeschickte Generalisirung und Uebertreibung der Sätze, welche in einer schwächeren Gestalt und auf specielleren Gebieten durch das Handelsrecht anerkannt sind. In der Sprache des Verfassers heisst dies: die geschichtliche Entwickelung durch den Entwurf zum Abschluss bringen. Dies ist eine neue Art der Rechtfertigung der Gesetze durch Gründe unbewusster Natur. Das Handelsrecht ist das Ideal des praktischen Rechtes. Wenn das Handelsrecht irgend welchen neuen Satz aufstellt, so muss dies einen Fortschritt bedeuten; dahin geht die geschichtliche Entwickelung. Man muss also auf demselben Pfade fortschreiten und die im Handelsrecht sich im embryonalen Zustande befindende Idee zur vollen Blüthe bringen. Dieses Tappen nach dem Abschluss der geschichtlichen Entwickelung durch die Nachahmung des Handelsrechtes halten wir für einen der gefährlichsten unbewussten Faktoren, auf welchen das Recht des Entwurfes beruht. Dies ist eine reductio ad absurdum der merkantilen Tendenzen und Anschauungen. Ob der Siegeszug des Geldes noch nicht genug die moderne Menschheit demoralisirt habe?

Wenn man sich aber für das Handelsrecht als den Ausdruck der grössten praktischen Weisheit begeistert, wenn man auf diese Weise instinktiv die Grundtendenz des Handelsrechtes billigt, so sollte man sich auch dann hüten, das Handelsrecht unkritisch nachzuahmen[1]: eine und dieselbe Vorschrift kann im Handelsverkehr nützlich, im bürgerlichen Verkehr höchst gefährlich sein.

---

1) Zum Sieg der handelsrechtlichen Principien im Entwurf hat übrigens zum grossen Theil auch die Ansicht beigetragen, als ob die Abweichungen des Handelsrechtes vom römischen Rechte den Ausdruck der deutschen Rechtsideen, des deutschen Rechtsbewusstseins und des Nationalcharakters bilden. Ob auch hier nicht ein Irrthum über den Zusammenhang von Rechtsinstituten mit dem Nationalcharakter vorliegt? Ob die handelsrechtlichen Principien nicht vielmehr eine besonders kosmopolitische Natur und Tendenz aufweisen? Ob man auch hier nicht dem deutschen Volke (bona mente) Unrecht thut, indem man handelsrechtliche Ideen mit dem Wesen und den Eigenschaften des Nationalcharakters in ursächlichen Zusammenhang bringt?

Wir haben schon oben betont, dass das Rücktrittsrecht eine andere Wirkung auf den Waarenverkehr als auf den Verkehr von individuell bestimmten Leistungen ausübt. Je weniger die Leistung handelsfähig ist, desto zerstörender wirkt das Rücktrittsrecht. Jede Vorschrift ferner, welche die ökonomische oder psychische Schwäche rücksichtslos behandelt, wirkt im bürgerlichen Verkehr viel schärfer, als im Handelsverkehr, weil diejenigen, welche am Handel Theil nehmen, meistens erfahrene Geschäftsleute sind, welche über Geld und Kredit verfügen. Aus demselben Grunde wirkt auch jede Vorschrift, welche Chikane und unredliche Ausbeutung ermöglicht, nicht so zerstörend den Kaufleuten gegenüber: die ökonomische und psychische Stärke hilft ihnen, die Rolle des ökonomischen Opfers zu vermeiden. Ausserdem hat man in der Handelswelt starke Motive, unredliche oder nur rücksichtslose Ausbeutung von Gesetzesparagraphen zu vermeiden. Die Sorge um den Ruf der Firma zwingt sogar zu weitgehenden Gefälligkeiten. Im bürgerlichen Verkehr begegnen sich dagegen höchst verschiedenartige Elemente, darunter einerseits viele ohne Rechtskenntniss und Erfahrung, im Allgemeinen psychisch und ökonomisch höchst unbehülflich, andererseits viele Raubthiere verschiedener Arten, welche sich um den „Ruf der Firma“ und die öffentliche Meinung wenig kümmern etc. etc. In Folge dieser u. E. höchst wichtigen Erwägungen und in Anbetracht der besonderen Funktion und Bestimmung des Handelsrechtes (vgl. oben S. 24 fg.) kann man hier insbesondere viel mehr Raum dem Princip laisser faire und dem, was damit zusammenhängt (z. B. dem Gewohnheitsrechte), einräumen, als in dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes. Desgleichen ist die Formfreiheit viel mehr im Handelsrechte, als im bürgerlichen Rechte am Platze (oben S. 449) etc. etc.

Was die Ausscheidung von einer Art des Erwerbslebens nicht gewachsenen Elementen anbetrifft, so kann diese Idee auf den Handel als ein specielles Erwerbsgebiet angewendet werden. Wenn man aber dieselbe auf das bürgerliche Recht überträgt, so muss man sich die Frage vorlegen: wohin sollen die Leute aus dem bürgerlichen Verkehr ausscheiden? Die Antwort würde lauten: in den ökonomischen Tod, in die Reihen des Proletariats. Es giebt eine ökonomisch-geschichtliche Theorie, welche dies vom besonderen Standpunkt aus als einen Fortschritt betrachtet, welche in der Verleihung neuer Kräfte an Stärkere eine Beschleunigung des nothwendigen geschichtlichen Processes erblickt, der zur Gegenüberstellung weniger Sieger mit vielen Besiegten führt. Von diesem Standpunkt aus hat der Verfasser des Entwurfes richtig errathen, wohin die geschichtliche Entwickelung abzielt und wie für den Abschluss derselben zu wirken ist.

Es giebt im Entwurfe viele Grundsätze, welche man aus dem Handelsrechte hineinkompilirt und auf solche Weise die „geschichtliche Entwickelung zum Abschluss“ gebracht hat. Namentlich zeichnet sich der zweite Entwurf dadurch aus. Wo sich nur eine Gelegenheit bot, die „romanistische Schablone“ zu Gunsten der handelsrechtlichen Sätze zu verlassen, hat man sie eifrig ausgenutzt.[1] Es würde uns zu weit führen, alle derartigen Vor-

1) Mit dem Eifer eines Mandatars, welcher die Weisungen des Geschäftsherrn zu wörtlich, zu eifrig befolgt, weil er den Grund und den Sinn dieser Weisungen nicht versteht. Besonders für das dem herrschenden instinktiven Merkantilismus entsprechende, sehr beliebte und für den Ausdruck der grössten praktischen Weisheit gehaltene Schlagwort: „Schutz des redlichen Glaubens im Verkehr“ hat man sich begeistert. Dieses Schlagwort ist für die Charakteristik des Stromes, in welchem sich unsere Wissenschaft in der letzten Zeit befindet, sehr bezeichnend. Zunächst hört man eine sehr schön klingende Phrase. Wenn man aber genauer zusieht, was den Inhalt des mit der schönen Etiquette versehenen Gefässes bildet, wird man eine erschütternde Ueberraschung und Enttäuschung erleben. So auch mit dem „Schutz des redlichen Glaubens, der Redlichkeit“ im Verkehr. Das Schlagwort sieht ja höchst sympatisch aus. Was kann schöner sein, als Redlichkeit und redlichen Glauben beschützen! Bei genauerem Zusehen würde es sich nun zunächst erweisen, dass es sich gar nicht um Redlichkeit handelt und dass es nur ein Zufall ist, dass das Schlagwort so klingt, als ob es der Ausdruck eines ethischen Postulats wäre (vgl. Fruchtvertheilung S. 165 fg.). Nach der Beseitigung dieses störenden Elementes wird man dann konstatiren, dass das kritisirte Schlagwort sehr verschiedenartige Dinge unterschiedlos zusammenwirft. Eine Kategorie von den für die bona fides aufgestellten besonderen Regeln erfüllt die nationalökonomisch wichtige Funktion, den Gefahren der Zerstörung von ökonomischen Gütern und von wirthschaftlichen Organismen durch unerwartete Entziehung der mit einer Wirthschaft organisch verwachsenen Vermögenstheile vorzubeugen (vgl. oben S. 525, Note). Diese Funktion beruht auf dem Princip der volkswirthschaftlichen Bedeutung des subjektiven Werthes und hat mit merkantilen Tendenzen nichts zu thun (bonae fidei possessio hereditatis, rei donatae, legati etc.). Im Entwurf ist diese volkswirthschaftliche Funktion der besonderen Behandlung der bona fides, wie schon wiederholt hervorgehoben, arg vernachlässigt. Ferner, da man manche bezügliche Grundsätze des römischen Rechts ohne Verständniss nachgeahmt hat, so läuft der „Schutz der Redlichkeit“ im Entwurfe zum grossen Theil auf Demoralisation, auf Verbreitung von Unredlichkeit hinaus (vgl. oben Bd. I S. 334 fg., „Fruchtvertheilung“, S. 251 fg.).

Eine zweite Kategorie der besonderen Regeln für bona fides vertritt die Tendenz, ökonomische Güter (Sachen, Forderungen ...) zur guten Waare zu machen und zu mobilisiren, der Gütervertheilung den merkantilen Charakter zu verleihen. Dahin gehören zahlreiche Neuerungen des Entwurfes dem römischen Rechte gegenüber im Sinne des „Schutzes des redlichen Glaubens im Verkehr.“ In Wirklichkeit handelt es sich hier gar nicht um den Schutz der Redlichkeit, sondern meistens um die Machtvollkommenheit und den Siegeszug des Geldes. Dies ist unter Anderem bei einem der wich-

schriften hier im Einzelnen der Kritik zu unterwerfen. Mutatis mutandis kann man die oben passim gelieferten Bemerkungen auf

---

tigsten handelsrechtlichen Principien, nämlich „Hand wahre Hand“, besonders
klar. Wer für die Sache Geld zahlt, der behält dieselbe definitiv, obgleich
der Verkäufer kein Recht hat, die Sache zu verkaufen, oder durch den Ver-
kauf geradezu eine Niederträchtigkeit begeht, obgleich der Gegenstand für den
wahren Eigenthümer vielleicht einen hohen subjektiven ökonomischen Werth
oder ein intensives Affektionsinteresse hat (z. B. Andenken von geliebten
Personen, Trauringe . . .). Der „Schutz der Redlichkeit“ bedeutet hier offenbar
die Unterordnung der Redlichkeit und des menschlichen Gefühls unter die Macht
des Geldes. Auch hier ist zu beachten, dass das Princip, wenn es sich in einem
Handelsgesetzbuch befindet, einen ganz anderen Sinn hat, als im „Entwurf
eines bürgerlichen Gesetzbuchs“. Das Handelsgesetzbuch interessirt sich
hauptsächlich für fungibele Waaren, fast ausschliesslich neue noch nicht ge-
brauchte Sachen, welche für Niemanden ein besonderes ökonomisches oder
Affektionsinteresse aufweisen. Die Sorge um den Ruf der Firma verliert
auch hier ihre Bedeutung nicht etc. Der Entwurf interessirt sich dagegen
hauptsächlich für die Sachen als besondere species, er hat mit sehr ver-
schiedenartigen Elementen zu thun und doch sorgt er mit dem grössten Eifer
dafür, dem Princip „Hand wahre Hand“ möglichst grosse extensive und
intensive Bedeutung zu verschaffen. Dabei gewinnt das Institut, welches nach
dem oben Gesagten an sich vom ethischen Standpunkt aus keineswegs ge-
billigt werden kann, eine b e s o n d e r e demoralisirende Wirkung, welcher bei
vorsichtiger Regelung vorgebeugt werden könnte. So z. B. soll nach dem
Entwurfe nicht der Erwerber einer fremden Sache seinen guten Glauben
nachweisen (um die Sache als Eigenthum zu behalten), sondern der Eigenthümer
die mala fides des Erwerbers (um sein Eigenthum zu retten). Da der Eigen-
thümer an den Manipulationen, welchen der unberechtigte Veräusserer und
der Erwerber dessen Sache unterzogen haben, nicht betheiligt war und davon
zu jener Zeit nichts wusste, so wird er, besonders da es sich um einen beweg-
lichen Gegenstand handelt, selten in der Lage sein, die mala fides des Er-
werbers nachzuweisen, während der Erwerber am Thatbestand selbst be-
theiligt war und darum in Bezug auf den Beweis in einer viel günstigeren
Lage sich befindet. Die aus der bekämpften Regelung sich für den Eigen-
thümer ergebende Gefahr wird in den Protokollen anerkannt, aber man ist
trotzdem dem Princip gefolgt: Der Eigenthümer „müsse die Gefahr des
Eigenthumsverlustes auch insofern tragen, als der Nachtheil der Beweislast
ihn treffe, nicht den dritten Erwerber“ (Protokolle der zweiten Lesung). Man
hat befürchtet, dass sonst der dritte Erwerber nicht „ausreichend“ geschützt
werde. „Der redliche Erwerber werde jedoch erheblich gefährdet, wenn ihm
zugemuthet werde, nach langer Zeit den Hergang beim Erwerbe einer be-
weglichen Sache noch soweit darzuthun, als erforderlich sei, um das Gericht
von seiner Redlichkeit beim Erwerbe zu überzeugen.“ Wenn wir der Frage,
inwiefern die Lage der Parteien in Bezug auf den Beweis durch den
Ablauf einer längeren Zeit verschlechtert wird, nach der Art des Verfassers
entscheidende Bedeutung zuschrieben, so würden wir auch dann vielleicht
zum entgegengesetzten Ergebniss gelangen, denn die Schwierigkeit des Be-
weises wächst mit der Zeit auch für den Eigenthümer und zwar in noch
grösserem Masse, als für die beim Erwerb Betheiligten, ausserdem wird aber
die Lage des Eigenthümers noch in anderen Hinsichten mit der Zeit ver-
schlechtert (z. B. in Bezug auf den Beweis seines Eigenthumsrechtes). Indessen
betrachten wir die Erwägung, welche der Verfasser als entscheidend ins Feld
führt, überhaupt als höchst unwichtig und oberflächlich. Es handelt sich um
viel wichtigere und tiefere Fragen. Das ganze Raisonnement des Verfassers
und seine Entscheidung beruhen auf dem üblichen (oben S. 495 fg. gerügten)
principiellen methodologischen Fehler, nämlich darauf, dass der Verfasser die
zu regelnden species facti als geschehen, als eine gegebene unveränderliche

die meisten derartigen Fortschritte des Entwurfes anwenden (vgl. z. B. die römische societas und ihre Vorsichtsmassregeln mit den

---

Grösse sich vorstellt und darnach seine Entscheidung bildet. Wenn wir z. B.
annehmen, dass in einem Lande jährlich n Fälle des unredlichen Erwerbes
fremder Sachen vorkommen und dass auf diese Summe (n) der Satz des Ent-
wurfes, als Gesetz eingeführt, ohne Einfluss bleibt, dann könnte man die-
jenige Art der Erwägungen, welche die Protokolle enthalten, als entscheidend
behandeln und vielleicht sogar die Entscheidung des Entwurfes betreffend die
Zuwälzung der Gefahr des Eigenthumsverlustes an den Eigenthümer im
Falle der Beweisunmöglichkeit rechtfertigen. Indessen wird die Summe n
nicht so liebenswürdig sein, n zu bleiben, sondern sie wird sich über die
Einführung des Entwurfes als Gesetz ausserordentlich freuen und in 2n oder
in eine noch grössere Summe verwandeln. Der Entwurf vergewissert ja die
Gauner, dass sie mit Erfolg unredlichen Erwerb wagen können, dass die
Chancen des Misserfolges an sich nicht besonders gross sind und bei sach-
gemässem Betragen und genügender Vorsicht sehr unbedeutend würden.

Die Bedeutung der oben kritisirten, an unredliche Leute durch den Ent-
wurf gerichteten Einladung wird noch durch den vom Entwurfe acceptirten
Begriff der bona fides bestärkt:

„Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder nur
in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Ver-
äusserer gehört“ (§ 846 E. II).

Hier bemerken wir einen Fortschritt gegenüber dem römischrechtlichen
Begriff der bona fides in zwei wichtigen Hinsichten. Zunächst handelt es sich
hier nur nm das Wissen, während das römische Recht den Begriff der mala
fides auch auf das Zweifeln oder Zweifelnmüssen ausdehnt. Dann wird nach
dem Entwurf für die mala fides der Nachweis der culpa l a t a gefordert,
während das römische Recht diese Beschränkung nicht kennt. Auch dieser
Fortschritt des Entwurfes erklärt sich durch den üblichen methodologischen
Fehler. Man hat nicht erwogen, dass es sich nicht etwa nur darum handelt,
dass der Beweis der mala fides in den Prozessen über geschehene species
facti seltener gelingen wird, als im Falle der Reception des römischrechtlichen
Begriffes der bona fides, sondern vielmehr darum, dass unredliche Leute
darauf spekuliren und zum dolus verleitet werden, indem sie darauf rechnen,
dass man ihnen das positive Wissen oder die g r o b e Fahrlässigkeit nicht
nachweisen wird. Durch den römischen Begriff der bona fides wird sehr
zahlreichen Fällen des positiven Wissens, des dolus, und der culpa lata vorge-
beugt, obgleich er sich von dem entsprechenden Begriffe des Entwurfes nur
durch die Behandlung der dubitatio und der culpa levis unterscheidet.

Aber auch derjenigen Fälle wegen, in welchen zwar keine positive Un-
redlichkeit des Erwerbers, wohl aber eine Nachlässigkeit vorliegt, wäre es an
sich angerathen, die mala fides nicht auf den Fall der culpa lata zu be-
schränken. Gerade beim Institut „Hand wahre Hand“ hat die Civilpolitik
besonders dringende Gründe, keinen Vortheil für den Handelnden aus seiner
culpa entstehen zu lassen. Denn die culpa ist hier nicht nur ein ökonomisches,
sondern ein sittliches Vergehen, eine Sünde. Durch seine Nachlässigkeit par-
ticipirt der Erwerber an den Folgen eines widerrechtlichen oft höchst ver-
werflichen Vorganges und bringt einen unschuldigen Dritten um sein Gut.
Der rücksichtslos-merkantile und unsittliche Charakter des Institutes „Hand
wahre Hand“ an sich wird durch einzelne Regeln des Entwurfes in hohem
Grade potenzirt, die Achtung für fremdes Recht wird untergraben, das Geld
triumphirt über ökonomische individuelle Bedürfnisse und Affektionsinteressen
des beraubten Dritten, und damit auf solche Weise „die Redlichkeit im Ver-
kehr“ ausreichend geschützt werde, erlaubt man dem Vertreter des allmächtigen
Geldes, etwas nachlässig zu sein.

Und dazu noch enthalten die Regeln des Entwurfes eine logische Ku-
riosität in Folge der scharfsinnigen Definition der culpa im § 233 (E. II,

bezüglichen rücksichtslos merkantilen Vorschriften des zweiten Entwurfes, welche gerade im bürgerlichen Verkehr im Gegensatz zum Handel eine besonders gefährliche Quelle der Ausbeutung und Unterdrückung weniger vorsichtiger und geschäftserfahrener Leute, im Allgemeinen der eigennützigen Ausbeutung jeder Schwäche, zu bilden geeignet sind).[1]

---

vgl. oben S. 547 Note 2). Wenn wir den § 846 durch den § 233 vervollständigen, so spricht er den Satz aus: „Die Anwendung derjenigen Sorgfalt, welche im Verkehr erforderlich ist, ist nicht erforderlich.“

Da der Verfasser des Entwurfes das Institut „Hand wahre Hand“ ohne Verständniss der Bedeutung und Funktion desselben ausgebildet hat, so ist es nur zu erklärlich, dass er das Princip auch dort angewendet hat, wo es seinem Wesen nach überhaupt gar nicht passt. So sehen die Motive (B. III S. 365) in dem Institut des Fruchtrechtes des gutgläubigen Besitzers eine Anwendung des Schlagwortes „possession vaut titre.“ Entsprechend hat man in den zweiten Entwurf den Satz aufgenommen, wonach das Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers auf den Fall des Erwerbes ex titulo oneroso beschränkt wird, der Besitzer ex titulo lucrativo dagegen die Früchte nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu prästiren hat (§ 902 E. II, vgl. Protokolle zum § 900 E. I).

Analoge Fehler, wie diejenigen im Gebiete des Institutes „Hand wahre Hand“, stecken in anderen zahlreichen Bestimmungen des Entwurfes, welche zum „Schutz des redlichen Glaubens“ gehören. Bei allen Paragraphen, wo die bona fides zum Thatbestand gehört, begeht der Entwurf die oben gerügten Fehler, indem er anstatt des civilpolitisch richtigen Begriffes der bona fides andere Voraussetzungen aufstellt und zwar oft solche, dass daneben die oben kritisirte Bestimmung des § 846 als ein verhältnissmässig geringer Missgriff erscheint. So z. B. bestimmt der § 319 (E. II):

„Der Ueberbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.“

Hier kommt also auch die culpa lata nicht in Betracht. Diese Bestimmung wird ihrerseits z. B. durch den § 736 übertroffen, wonach auch den wissentlich missbräuchlichen Manipulationen rechtliche Kraft garantirt wird. („Ist eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, dass die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann, so wird der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber befreit“ . . ., vgl. §§ 722, 735). Es genügt nicht diese und ähnliche Sätze als Schutz der Unredlichkeit anstatt „Schutz der Redlichkeit“ zu bezeichnen; es handelt sich vielmehr um die Neuschaffung von Versuchungen zu Missbräuchen und die Verbreitung von Unredlichkeit.

1) In Bezug auf die Gesellschaft, Gemeinschaften anderer Art (Miteigenthum, Miterbschaft etc.) und juristische Personen sind in der neuesten Zeit im Allgemeinen manche u. E. einseitige Anschauungen zur Herrschaft gelangt und bei der Abfassung des zweiten Entwurfes von entscheidendem Einfluss gewesen. In diesen Gebieten muss der Gesetzgeber besonders vorsichtig sein. Bei der Gesellschaft ist namentlich zu beachten, dass hier viele solche ökonomische und ethische Gefahren vorhanden sind, welche bei Tauschgeschäften nicht existiren oder doch sich nur in einer viel schwächeren Gestalt geltend machen können. Dies äussert sich schon beim Abschluss des Vertrages. Während beim Abschluss eines Tauschgeschäftes (Kauf, Miethe etc) die Parteien als ökonomische Gegenparteien auftreten und ihre gegenseitigen Interessen aufmerksam wahren, wird der Gegensatz der Interessen oder die Absicht der Ausbeutung beim Abschluss der societas leicht durch die Vorspiegelung freundschaftlicher Ab-

Wir glauben, dass eines der wichtigsten Postulate der Civilpolitik darin bestehen wird: Differenzirung des Handels- und des Civilrechtes und Wiedererlangung durch dieses letztere der mit

---

sichten maskirt. Wir können hier dasselbe wiederholen, was wir oben in Bezug auf das unentgeltliche honorirte Geschäft angedeutet und als Grund für besondere Behandlung desselben hingestellt haben. Der Wolf kann hier zum Zwecke der besseren Ausbeutung im Schafpelz auftreten. Das hypokritische Vorspiegeln uneigennütziger Freundschaft „ist ein narkotisches Mittel, welches die Aufmerksamkeit der Gegenpartei einschläfert und zu deren Ausbeutung führt“ (oben S. 367). Bei der societas hat diese Erwägung eine noch viel grössere Tragweite, als beim honorirten mandatum. Auch wenn der Genosse beim Abschluss des Vertrages in eine ökonomische Falle nicht gelockt worden ist, so hat der andere Genosse täglich Gelegenheit, dies nachträglich zu erreichen, weil die societas einen fruchtbaren Boden für die nachträglichen pacta bildet (der römische Grundsatz, wonach nur die pacta adiecta, nicht aber die nachträglichen formlosen Verabredungen rechtsgültig sind, ist keineswegs als ein grundloser Formalismus zu betrachten). Neben der vertragsmässigen ist bei der societas auch die vertragswidrige Ausbeutung sehr leicht und kommt thatsächlich oft vor, besonders wenn in der societas eine stille Nebengesellschaft eigennütziger Genossen unter einander oder mit dritten Personen besteht.

Darnach können wir die Tendenz, die socii rechtlich möglichst eng und fest mit einander zu verbinden und die societas der Aussenwelt gegenüber als eine geschlossene Einheit zu gestalten, vom civilpolitischen Standpunkt aus keineswegs billigen. Bei Handelsverhältnissen kommen einerseits besondere Bedürfnisse in Betracht, andererseits verlieren die obigen Bedenken an Gewicht. Dies sollte man bei der Kritik des Principes der gesammten Hand und der römischen Grundsätze nicht ausser Acht lassen. Auch in einer anderen Hinsicht ist die Erwägung, dass im bürgerlichen Verkehr sich sehr verschiedenartige Elemente begegnen, in Betracht zu ziehen. Auch grundloses Misstrauen, kleinliche Streitigkeiten, Chikane etc. finden in der societas einen besonders fruchtbaren Boden, wenn die Gesellschaft aus Elementen besteht, welche weder durch besondere natürliche Bande (z. B. Verwandtschaft) verknüpft, noch zur geschäftlichen Koulanz und Gefälligkeiten, wie sie in der Handelswelt üblich, geneigt sind. Aus diesen Gründen verdient vom Standpunkt der Ethik und der volkswirthschaftlichen Politik das römische System entschieden den Vorzug. Man darf auch nicht glauben, dass man durch die Ueberwindung der „romanistischen Schablone“ das Gesellschaftswesen begünstigt. Im Gegentheil sind die Regeln des Entwurfes geeignet, eine instinktive Furcht vor der societas zu verbreiten, indem oft traurige Erfahrungen vorkommen müssen. Wenn es sich aber wirklich um eine erfolgreiche Begünstigung des Gesellschaftswesens handelte, so wäre die Frage aufzuwerfen, ob es angerathen ist, den Bestand von Gesellschaften, welche sittlicher und ökonomischer Reinheit entbehren, zu begünstigen. Das römische Recht begünstigt die Entwickelung der ökonomisch und sittlich gesunden Verhältnisse, indem es das Institut auf das persönliche Vertrauen gründet und darnach im Einzelnen gestaltet. Es sorgt dafür, dass die Genossen sich hüten, das unentbehrliche persönliche Vertrauen bei anderen Genossen zu verlieren. — Analoge Erwägungen gelten auch für andere Gemeinschaftsverhältnisse.

Es will uns scheinen, als ob man bei der Behandlung der in Betracht kommenden Rechtsgebiete das Wesentliche dem äusseren Aussehen der Paragraphen opfert. Auf diese Weise ist der Schluss über die Engherzigkeit und den Individualismus des römischen Rechtes entstanden.

Mitunter dreht sich der Streit um die juristische Konstruktion. Was das Wesen der juristischen Person anbetrifft, so scheinen uns die Theorie des socialen Organismus und die früher herrschende Fiktionstheorie ebenso gut

Unrecht durch das Handelsrecht angemassten Gebiete. Die bewusste Civilpolitik wird die geschichtliche Entwickelung gerade in der entgegengesetzten Richtung „zum Abschluss bringen“, als dies durch das unbewusste Entwurfsrecht unter dem Druck der herrschenden Irrthümer geschehen ist.

d. Endlich könnte man bei oberflächlicher Betrachtung zu Gunsten des Entwurfes geltend machen, dass sein Schuldenrecht die Achtung des Volkes für die Obligation erhöht, dass es diejenigen Instinkte stärkt, auf welchen der gesunde Tauschverkehr beruht.

Nach unserer Meinung ist vielmehr das Gegentheil hiervon richtig. Kein besseres Mittel als die oben kritisirten Regeln könnte der Gesetzgeber finden, um diejenige Seite der Volkspsychologie, auf welcher der gesunde Obligationenverkehr beruht, zu verderben, um denjenigen Volksinstinkt, für dessen Entwickelung und Festigung eine lange Kultur gearbeitet hat, mit einmal zu schwächen und aufzulösen. Wie kann das Volk die Pflicht zur Einhaltung des gegebenen Wortes als nothwendig und heilig empfinden, wenn der Gesetzgeber auf Schritt und Tritt ein entgegengesetztes Verhalten zu empfehlen nicht unterlässt? Die Pflicht zur Erfüllung des kontraktlichen Versprechens ist nach dem Entwurfe sehr relativ und bedingt. Man kann jeden ökonomischen Fehltritt oder das ökonomische Unglück der Gegenpartei dazu benutzen, diese Pflicht von sich abzuschütteln. Nur einer ökonomisch starken Partei gegenüber ist man verpflichtet, sein Wort zu halten. Sonst kann der Kontrahent geltend machen, dass die Aufrechterhaltung des Kontraktes seine Interessen gefährde und darum überflüssig sei. Das obligatorische Versprechen, als eine verpflichtende Thatsache, hat an sich keine sittliche und rechtliche Bedeutung mehr, sie erzeugt keinen ethischen Imperativ mehr. Nur jeweilige praktische Interessenrücksichten entscheiden über den Werth des gegebenen Wortes. Ob man nicht zu praktisch ist? Ob dem Schuldenrechte des Entwurfes nicht ein kurzsichtiger, flacher und kulturfeindlicher Materialismus zu Grunde liegt?

---

und ebenso schlecht nach dem römischen wie nach anderen Civilrechten darauf zu passen (vgl. oben S. 462 fg.).

Den Atomismus und die Engherzigkeit der romanistischen Doktrin hat man auch in der Verneinung des Eigenthums an Gesammtsachen erblickt. Ob dies nicht eine Verwechselung von Aeusserlichkeiten mit dem Wesen der Sache bedeutet? Ob hier nicht wesentlich heterogene Dinge nach äusserem Aussehen verbunden werden?

Was das Gemeinschaftswesen anbetrifft, so ist selbstverständlich gegen die Begünstigung desselben durch sachgemässe Gestaltung des Civilrechtes im Allgemeinen nichts einzuwenden. Indessen muss man sich auch in Bezug auf die allgemeinen Tendenzen in diesem Gebiete vor Einseitigkeiten hüten. Es giebt sehr verschiedenartige Gesellschaften und juristische Personen, welche vom ethischen und nationalökonomischen Standpunkt aus einen sehr verschiedenen Werth haben. Von privatrechtlichen Associationen haben eine besonders grosse Bedeutung in der Volkswirthschaft zahlreiche und mächtige Aktiengesellschaften, Kartelle etc. gewonnen, welche vielfach zur Ausbeutung der Konsumenten, zur natürlichen und künstlichen Unterdrückung der kleinen Producenten führen, im Allgemeinen sehr bedenkliche Erscheinungen hervorrufen. Die Mächtigen werden mächtiger, wenn sie sich verbinden.

Dabei bemerkt man in Fällen, wo die Menschen gruppenweise auftreten, vielfach einen bedenklichen ethischen Einfluss dieser Gruppirung. Es entwickeln sich ein besonderer Gruppenegoismus und eine eigenthümliche Gruppenethik, welche vielfach viel niedriger als die Individualethik ist. Die Gruppensonderinteressen sind auch oft viel gefährlicher, als die individuelle Begehrlichkeit. Wir dürfen uns darum keineswegs für den Zusammenschluss von Individuen in Gruppen im Allgemeinen und einseitig begeistern; es ist vielmehr sorgfältig zu unterscheiden, welche ethische und volkswirthschaftliche Bedeutung die betreffende Gruppe hat.

Von der Stärkung der instinktiven sittlichen Achtung für das Institut der Obligation durch den Entwurf kann keine Rede sein. Wohl aber ist davon die Entwickelung einer instinktiven Abneigung und Furcht vor diesem Institute zu erwarten. In dieser Richtung wirken nicht nur die oben kritisirten, sondern auch die meisten anderen Fortschritte des Entwurfes über das römische Recht hinaus. Dahin gehören z. B. die Regeln, wonach man in eine gefährliche Falle schon *vor der eigentlichen Entscheidung über den Abschluss* des Vertrages gerathen kann (culpa in contrahendo etc.); desgleichen die Regeln über die *Form des Vertragsschlusses*. Was den *materiellen Inhalt und sittlich-ökonomischen Grund der Obligation* anbetrifft, so sorgt der Entwurf durch die Einführung abstrakter Geschäfte dafür, dass derjenige Obligationenverkehr, welcher das Licht der Oeffentlichkeit und den kritischen Blick des Gerichtes lieber vermeidet, sich frei entwickeln kann. Die Regeln des Entwurfes über die *Entwickelung und Veränderung des ursprünglichen Inhaltes der Obligation* (Einkünfte vom ursprünglichen Kapital, Verwendungen, Minderung des Anspruchs durch den Wegfall der Bereicherung ...) liefern besonders zahlreiche Stützpunkte für unredliche Manipulationen und schrecken von gutem Betragen ab. Was endlich die Regeln über die *Folgen der Nichterfüllung oder der verspäteten*

Erfüllung anbetrifft, so haben wir die wichtigsten davon soeben kennen lernen.[1]

---

1) Unsere Kritik dieser Regeln sowie im Allgemeinen des Obligationenrechtes des Entwurfes bezieht sich hauptsächlich auf Schuldverhältnisse kapitalistischer Art. Die Arbeitslohnforderung haben wir bei Seite gelassen. Zur Vervollständigung des im Texte Ausgeführten mag hier darum Folgendes bemerkt werden:

Die Regeln des allgemeinen Theiles des Entwurfes und des allgemeinen Theiles dessen Obligationenrechtes beziehen sich unterschiedlos auf verschiedene Arten von Verhältnissen, darunter auch auf den Arbeitsvertrag und die Arbeitslohnforderung. Aus den Vorschriften des Entwurfes und besonders aus den Motiven ersieht man dabei, dass der Verfasser bei der Beurtheilung der Fragen, welche sich hauptsächlich oder ausschliesslich auf Verträge beziehen, vorwiegend an den Kauf und das Darlehn denkt (was zwar nicht civilpolitisch, aber doch geschichtlich sehr erklärlich ist) und dem Arbeitsvertrag keine besondere Beachtung schenkt. Darum sind seine allgemeinen Vorschriften hauptsächlich dem Kauf, dem Darlehn und verwandten Verhältnissen angepasst und kommen darum in Wirklichkeit diesen hauptsächlich zu Gute, wenngleich sie eine formell-juristisch ganz allgemeine Gestalt haben. Diese Art der Regelung in Bausch und Bogen mit überwiegender Beachtung des Kaufes (und des Darlehns) betrachten wir als principiell verwerflich nicht nur darum, weil dabei die Vertreter der Arbeit verschiedener Art zu kurz kommen, sondern auch darum, weil auch der auf andere Verhältnisse bezügliche Inhalt des Gesetzbuches eine starke merkantile Färbung gewinnt.

Was die oben kritisirten Vorschriften anbetrifft, so sind sie derart, dass sie auch dem Arbeiter je nach den Umständen zu Gute kommen (oder schaden, besonders den Vertretern des Handwerkes, der Kunst, der Literatur etc.), wenngleich thatsächlich die Kapitalisten einen ganz anderen Nutzen aus dem Retentionsrechte, dem Rücktrittsrechte etc. zu ziehen im Stande sind, als die Arbeiter. Besonders die Arbeiter im engeren Sinne oder Dienstboten u. dgl. werden thatsächlich selten in der Lage sein, mit solchen Waffen zu operiren; und wenn sie in konkreten Fällen doch im Stande sind, davon Gebrauch zu machen, so können sie in Folge ihrer schwachen und untergeordneten Position selten dadurch einen nennenswerthen psychischen Druck auf ihre Gegenpartei ausüben; ja, es wäre ihnen in vielen Fällen zu rathen, sich des Gebrauches der kritisirten §§ zu enthalten, weil sie nur ihre Stelle verlieren und sonst wenig ausrichten könnten. Immerhin sind die im Texte berührten Fragen noch besonders vom Standpunkt des Arbeitsrechts zu untersuchen. Die Gründe, welche eine verschiedene Behandlung der Arbeitslohnforderung rechtfertigen, sind folgende:

1. Da der Arbeitslohn den Konsumptionsfond für den Arbeiter und seine Familie bildet und zwar gewöhnlich die einzige Quelle der Befriedigung der höchst intensiven Bedürfnisse (der sog. Existenzbedürfnisse: Nahrung, Wohnung, Heizung...), von deren regelmässiger Befriedigung das Leben und die Gesundheit abhängen, so ist die Sicherung der regelmässigen Lohnzahlung vom Standpunkte der Volkshygiene und Volksmoral sehr wichtig (wenn einem Landwirth, einem Fabrikanten, einem Kaufmann ihre Forderung nicht pünktlich bezahlt wird, so ist dies für diese Leute eine grössere oder geringere Unannehmlichkeit und sie ärgern sich; der Arbeiter aber hungert in gleichem Falle mit Frau und Kindern oder wird durch die Noth bösen Versuchungen zugänglich).

2. Dazu kommt, dass der Kapitalist im Falle, wenn seine Forderung nicht rechtzeitig befriedigt wird und dies seine Wirthschaft stört, gewöhnlich durch die Inanspruchnahme des Kredites schädlichen Folgen davon vorbeugen kann; derjenige dagegen, welcher von seiner Arbeit lebt, über den Kredit nicht verfügt (oder nothwendige Gegenstände versetzen muss).

12. Wir haben in der vorliegenden Schrift und besonders in diesem Anhang gegen den Verfasser des Entwurfes auf Schritt

---

3. Da der Arbeitsherr im durchschnittlichen Falle ökonomisch und geistig stärker ist, als der Arbeiter, so ist im Falle der Anerkennung schneidiger Sicherheitswaffen zu Gunsten der Arbeitslohnforderung nicht zu befürchten, dass diese Rechte zur Ausbeutung und Unterdrückung der Arbeitsherren mit Erfolg benutzt werden könnten. Im Gegentheil, sie können, richtig durchgeführt, die für den ökonomischen und sittlichen Wohlstand des Volkes bedenklichen Folgen der Uebermacht des Arbeitsherrn in ihrem Gebiete mildern. Hier ist auch der Umstand in Betracht zu ziehen, dass die Forderung des fälligen Lohnes dem Arbeitgeber gegenüber durchschnittlich als eine relativ geringe Summe erscheint, welche leicht, ohne erhebliche Erschütterung der Wirthschaft des Arbeitsherrn beschafft wird.

Bei konsequenter civilpolitischer Berücksichtigung der obigen Umstände werden wir zu einer durchgängig verschiedenen Behandlung kapitalistischer Obligationen und der Arbeitslohnforderung gelangen. Und zwar beschränkt sich dieser Gegensatz keineswegs auf die oben S. 514 fg. behandelten Fragen, sondern ergreift das ganze Civilrecht und ruft in demselben einen Dualismus hervor. Zur Veranschaulichung mag Folgendes angedeutet werden: Nach den oben angedeuteten Grundanschauungen über das Civilrecht wird man ohne Weiteres verstehen, warum wir der alten Willenstheorie, als Grundlage der Lehre von den Rechtsgeschäften, vor der „modernen“, zwar sehr „praktischen“, aber im Grunde extrem merkantilen Theorie (sog. Verkehrstheorie) den Vorzug geben. Andererseits folgt aus den obigen Bemerkungen dieser Note, dass wir im Gebiete der Arbeitslohnverhältnisse unseren Standpunkt erheblich verschieben würden. Von demselben Standpunkt aus würden wir zwar im Allgemeinen die „modernen“, „praktischen“ Tendenzen in Bezug auf die bindende Kraft der Offerte, negatives Vertragsinteresse und dgl. verwerfen, im Gebiete der Arbeitsverhältnisse aber diese Fragen wiederum vom Standpunkt der obigen Bemerkungen einer besonderen Revision unterziehen (so z. B. wäre in Bezug auf die culpa in contrahendo zu berücksichtigen: Der Kapitalist kann durch die lügenhafte oder doch übertriebene Berechnung des „negativen Vertragsinteresses“ und entsprechende Drohungen die Gegenpartei einschüchtern, ihr eine ruhige Prüfung der Sachlage psychisch unmöglich machen und den Abschluss des schädlichen Vertrages oder andere pacta wucherischer Natur erzwingen; ferner wird durch das Institut die Gütervertheilung auf eine bedenkliche Weise beeinflusst, weil die Intensität der Wirkung desselben ceteris paribus der Grösse der Wirthschaft desjenigen entspricht, welcher die Sätze über das negative Vertragsinteresse zu seinen Gunsten anruft und weil andererseits dieses Institut desto verheerender wirkt, je bescheidener das Vermögen der Gegenpartei ist. Bei der Verleihung der kritisirten Rechte an den Arbeiter verlieren die obigen Bedenken in Bezug auf die Gütervertheilung und ethischen Gefahren ihre Bedeutung, während andererseits die Sorge um die Regelmässigkeit des Arbeitslohnserwerbes sich sehr intensiv geltend macht). Ein ähnlicher Dualismus wäre ferner z. B. im Gebiete der Regeln über die Vertragsfreiheit, Natur des Aequivalentes, Erfüllung des Vertrages, Kompensation, mora debitoris und creditoris (vgl. oben S. 339 fg.), Schadensersatz (vgl. oben S. 342 fg.), Pfandrecht etc. etc. durchzuführen, und die bezüglichen Rechte der Arbeit möglichst klar, fest und eingehend zu bestimmen.

Selbstverständlich sind der Arbeitslohnforderung keine Vorrechte ohne Weiteres, der Begünstigung wegen, zu ertheilen. Es handelt sich nicht um die Vertreter der Arbeit, sondern um das allgemeine Wohl. Darum ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob besondere Regeln für die Arbeitsverhältnisse durch das allgemeine Wohl gefordert werden. So würden wir das Rücktrittsrecht wegen Verzug und das Recht der Verweigerung der Erfüllung wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der

und Tritt scharfe Vorwürfe gerichtet. Selbstverständlich haben wir dabei nicht gegen einzelne Personen, auch nicht gegen die von

Gegenpartei auch den Vertretern der Arbeit nicht in solchem Umfange ertheilen, wie dies im Entwurfe jedem Gläubiger gegenüber geschieht. Zwar fällt hier das Bedenken bezüglich der Möglichkeit, die Gegenpartei ökonomisch zu unterdrücken und auszubeuten, im Wesentlichen weg, desgleichen kommt auch hier in Betracht, dass die Nichterfüllung oder die Verspätung der Lohnzahlung besonders bedenkliche ökonomische, sittliche und hygienische Folgen herbeiführt: allein wir möchten auch in diesem engeren Gebiete die Idee der Obligation nicht zu einer opportunistischen Interessenfrage degradiren; die Vertreter der Arbeit dürfen nicht denken, dass sie ihre obligatorischen Verpflichtungen nur dann zu erfüllen haben, wenn die Obligation den von ihnen beim Schluss des Kontraktes angestrebten Zweck ihren Interessen gemäss erfüllt; desgleichen darf ihnen der rücksichtslose Egoismus durch die Gesetze (wonach sie den Arbeitsherrn ohne Weiteres in Stich lassen dürfen, wenn es ihm schlecht geht) nicht gepredigt werden. Daher sind diese Rechte dem Arbeiter nur auf den Fall der wahren Noth zu gewähren. Wenn man z. B. die Beschränkung hinzufügt „wenn die Arbeit die einzige Quelle des Unterhalts für den Arbeiter bildet“ oder dgl., so gewinnen die betreffeuden Gesetze vom ethischen Standpunkt aus eine ganz andere Gestalt.

Den Satz „dies interpellat pro homine“ würden wir dagegen unbedenklich und im vollen Umfange zu Gunsten der Arbeitslohnforderung auerkennen. Ausser den oben angeführten allgemeinen Erwägungen kommt hier in Betracht: a) Der Arbeiter kann seine Gegenpartei mit grosser Schadensersatzliquidation nicht überraschen. Wer kein grosses Vermögen hat, keine grossen Geschäfte betreibt, der kann auch keine grosse Schadensliquidation vorlegen (die schon mehrfach berücksichtigte plutokratische Natur der Interesseprästation). b) Die abhängige und untergeordnete Stellung des Arbeiters dem Dienstherrn gegenüber macht im durchschnittlichen Falle die Mahnung psychisch unmöglich. Der Arbeiter wird oft keinen Muth haben, seinen Vorgesetzten zu mahnen.

Einen ähnlichen Dualismus wie im Civilrecht wird die Civilpolitik auch im Gebiete des Prozesses postuliren und erkämpfen. Ausser den obigen Erwägungen kommen folgende hinzu: a) Da die Arbeit meistens die einzige Erwerbsquelle des Arbeiters bildet, so ist die Zeit für ihn besonders theuer; wenn daher der Prozess viele Arbeitstage zu verschlingen droht, so ist der Arbeiter viel eher geneigt, auf sein gutes Recht zu verzichten, als zu prozessiren. Oft befürchtet er die Entlassung aus dem gegenwärtigen Dienste, wenn er die Arbeit des Prozesses wegen versäumt (diese Frage erfordert auch eine entsprechende Regelung im Gebiete des Civilrechtes; ebendaselbst sind auch andere Gründe ethischer, hygienischer etc. Natur, welche das Versäumniss des Arbeiters entschuldigen, möglichst eingehend und präcise zu regeln, um möglichen Zweifeln und Streitigkeiten vorzubeugen. Diese würden thatsächlich meistens dem Arbeiter an sich schaden und zu seinen Ungunsten gelöst werden, vgl. oben S. 447. Wichtiger ist noch die Erwägung, dass die Volksmoral und die Volkshygiene darunter leiden müssten, indem die Arbeiter in Folge der Unsicherheit und Zweifel über die Entschuldbarkeit des Ausbleibens, resp. über die thatsächliche Anerkennung dieser Entschuldbarkeit ihre eigenen ethischen, bürgerlichen und hygienischen Bedürfnisse oder diejenigen ihrer Angehörigen hintansetzten, um das Risiko des Verlustes des Arbeitslohnes oder der Dienststelle zu vermeiden. Die bezüglichen Gesetze sind als absolute, durch die Verabredung der Parteien nicht abzuändernde Normen aufzustellen und entsprechend auf den Werkvertrag auszudehnen. Dass der Entwurf die angedeutete Aufgabe nicht gelöst hat, brauchen wir kaum hervorzuheben). b) Entsprechend haben auch die Gerichtskosten eine ganz andere Bedeutung für den auf seinen oft sehr knappen Arbeitslohn angewiesenen Arbeiter, als für die über Kapital und Kredit verfügenden Leute. c) Ebenso-

dem Bundesrathe berufene Kommission als solche gekämpft. Eine solche Richtung der Polemik wäre nur bei der Kritik der ersten

scharfer Gegensatz besteht in der Möglichkeit, den Prozess kunstgerecht zu führen und die Wartezeit ohne erheblichen Schaden zu ertragen. Dem Schreiber dieser Zeilen ist unter Anderem über empörende Ausbeutung der Arbeiterinnen, welche sich als „perfekte Schneiderinnen ausserm Hause“ täglich in Menge in den Berliner Zeitungen annonciren, berichtet worden. Es ist eine epidemische Erscheinung, dass diese Arbeiterinnen nach der verrichteten Arbeit ohne Lohn mit irgend welcher unverschämten Ausrede oder ohne eine solche entlassen werden. Unter Umständen heisst es, dass die Dame morgen kommen, die und die Arbeit noch machen und dann ihren Lohn bekommen solle. Manche Schneiderinnen folgen in solchen Fällen der Regel, dass es besser ist, auf den schon verdienten Lohn zu verzichten und nicht mehr zu erscheinen. Die Schneiderinnen bilden natürlich nicht die einzige Kategorie der Arbeiter, welche solchen ausbeuterischen Manipulationen unterworfen werden. Um diese sociale Krankheit zu beseitigen, ist ein solcher Prozess für die Lohnforderung zu schaffen, dass der Arbeiter anstatt eine (zum Theil bewusste, zum Theil instinktive, aber) wohlbegründete Furcht und Abneigung gegen die gerichtliche Geltendmachung seines Rechtes zu empfinden, sicher wäre, dass er ohne besondere Schwierigkeiten und Zeitverlust mit sicherem und schnellem Erfolg die Hilfe des Richters anrufen kann. Zu diesem Zweck müsste man nicht nur die Frage der Gerichtskosten, des Verfahrens, der Exekution (wobei es sich nicht nur um die Schnelligkeit handelt: die im Allgemeinen humane und wohlthätige Befreiung gewisser Vermögenstheile von der Exekution ist bei der Arbeitslohnforderung u. E. unbegründet), sondern auch die der Gerichtsorganisation vom Standpunkt des Arbeitsrechtes besonders revidiren. Wir würden nichts Phantastisches und Unerreichbares im folgenden Vorschlag finden:

Es giebt in jedem nicht besonders grossen Bezirk, z. B. Stadtviertel, einen Einzelrichter, welcher ebenso wie ein Arzt oder ein Priester auf Anrufung unverzüglich an Ort und Stelle erscheint und nach summarischer Verhandlung das Nöthige sogleich verfügt. Der Arbeitsherr kann selbstverständlich das vorläufige Ergebniss dieser extraordinaria cognitio im ordentlichen Gerichte als Kläger anfechten. Die Aerzte und die Priester verlieren dadurch die Achtung des Volkes nicht, dass sie auf Anrufung persönlich an Ort und Stelle erscheinen. Selbstverständlich ist dem hohen und mühsamen Beruf unserer Richter entsprechend ihnen eine hohe Dienststellung zu verschaffen. Das angedeutete Institut käme auch anderen Rechtsgebieten zu Gute. Wenn eine „perfekte Schneiderin“, um beim obigen Beispiel zu bleiben, die Wohnung wechselt, wird sie auf die Weise ausgebeutet, dass die Wirthe, auf das pignus auf invecta und illata gestützt, offenbar unbegründete, oft ganz cynische Rechnungen mit sicherem Erfolg vorlegen. Wer die bezüglichen Verhältnisse beobachtet hat, wird uns zugeben, dass wir hier eine der grässlichsten Arten der Ausbeutung der kleinen Miether und eine höchst bedeutsame Quelle der Demoralisation der Vermiether berührt haben (als Opfer dieser socialen Epidemie erscheinen übrigens nicht nur die Arbeiterfamilien und die ledigen Arbeiter im engeren Sinne, die kleinen Handwerker etc.; man frage darüber z. B. in den Offizierskreisen nach). Welcher von den beiden Gesellschaftsklassen, den kleinen Miethern oder den Vermiethern werden unsere Richter mit ihrem momentanen interdictum de migrando an Ort und Stelle eine grössere Wohlthat erweisen? Nach unserer Meinung den Wohnungswirthen und -wirthinnen, deren Seelengesundheit durch die gegenwärtige Rechtsordnung gefährdet wird und die thatsächlich besonders in den Grossstädten schon massenhaft in der obigen Hinsicht demoralisirt sind. Desgleichen wird die sachgemässe Ordnung des Arbeitslohnprozesses nicht nur den Arbeitern, sondern auch den Arbeitgebern und der Gemeinheit zu Gute kommen, indem sie eine wichtige Kategorie von bösen Versuchungen beseitigen würde.

Die Reform des Civilrechtes und -prozesses in der oben angedeuteten

Lesung möglich. Dem zweiten Entwurf gegenüber ist sie jedenfalls ausgeschlossen. Die erste Lesung ist bekanntlich einer höchst eingehenden Kritik seitens der Wissenschaft unterzogen worden. Mit

---

Richtung würde dahin führen, dass die Arbeit eine durchgängig bevorzugte Stellung in den beiden Rechtsgebieten erlangen würde. Würde dies nicht das Rechtsbewusstsein des Volkes im ungünstigen Sinne beeinflussen? Ist dies nicht eine Verletzung der hohen Kulturerrungenschaft der Rechtsgleichheit? Privilegien sind mit der modernen Volkspsychologie im Allgemeinen unverträglich. Darum schadet die Einführung oder die Beibehaltung derselben dem Rechte und der Moral im Allgemeinen, indem die Achtung für das Recht dadurch gemindert, das Gefühl der Gerechtigkeit verletzt, das Gefühl des Gegensatzes der Interessen, des Hasses und Neides genährt wird. Diesen principiellen Erwägungen schreiben wir im Allgemeinen die grösste Bedeutung zu. Darum würden wir z. B. auch dann das privilegirte Erbrecht des Adels (Familienfideikommisse) verwerfen, wenn man von diesem Institute irgend welchen grossen politischen Vortheil erwarten könnte (vgl. oben S. 490 Note). Es ist indessen klar, dass diejenigen Erwägungen, welche gegen Privilegien im Allgemeinen sprechen, gegen den obigen Vorschlag nicht gerichtet werden können, ja dass diese Erwägungen geradezu denselben rechtfertigen. Die Vertreter des Kapitals geniessen bei der geltenden Rechtsordnung im Verhältniss zu den Vertretern der Arbeit eine in hohem Masse bevorzugte Stellung, welche immer mehr und mehr als ungerechtfertigt empfunden wird. Daher würde die Verwirklichung des obigen Vorschlages, welcher in seinem Gebiete im Sinne der Abschwächung dieser gefährlichen Dissonanz wirkt, die Achtung für das Recht stärken und das Gefühl der Gerechtigkeit befriedigen.

In derselben Richtung würde die Beobachtung wirken, dass die meisten Reformen der obigen Art bedenklichen sittlichen Auswüchsen den Boden entziehen. Auch diejenigen, welche einseitig die Interessen des Kapitals vertreten würden, und von diesem egoistischen und kurzsichtigen Standpunkt aus jeden Schritt im Sinne der Ausgleichung als unbegründet und ungerecht bekämpften, würden doch für diejenigen Rechtssätze nicht eintreten, welche nicht sowohl der Klasse der Kapitalisten, als vielmehr nur den unredlichen Elementen dieser Klasse zu Gute kommen und die sittlich schwächeren Elemente zur Unredlichkeit verführen.

Die vorgeschlagene besondere Behandlung der Arbeit im Civilrecht und Prozess wäre ferner schon aus dem Grunde von den Schattenseiten der Privilegien frei, weil sie keine zufällige und unverdiente (z. B. sich nur etwa nach der Geburt richtende) Begünstigung einer Klasse bildet, sondern Jedem zu Theil wird, welcher in die betreffenden, allen zugänglichen Rechtsverhältnisse eintritt. Die sich dabei äussernde *besondere Sorge und Achtung des Gesetzgebers und des Rechtes für die Arbeit würde entsprechende sittliche Anschauungen des Volkes über die Arbeit fördern und stärken.* Dieses Moment kann nicht hoch genug veranschlagt werden. Es ist eine der wichtigsten Pflichten der gegenwärtigen Generation der Zukunft gegenüber, in diesem Sinne nach Kräften sich selbst und ihre Nachkommenschaft zu erziehen. Ueber die Bedeutung des obigen Vorschlages für die Besserung der ökonomischen Lage der Arbeiter hegen wir keine Illusionen. In diesem Sinne würde die Reform des Civilrechtes und -prozesses nur einen zwar nicht bedeutungslosen, aber doch gar nicht entscheidenden, noch genügenden Schritt neben vielen anderen zu erstrebenden Massregeln bilden. Die Hauptsache ist nicht der Einfluss auf die Gütervertheilung, sondern der Geist des empfohlenen Civilrechtes und -prozesses und sein Einfluss auf die Volkspsychologie (darunter auch auf die Richtung der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis, welche von dem Geiste des positiven Rechtes im hohen Masse abhängt).

bewundernswerther Hingebung haben sehr zahlreiche hervorragende Vertreter der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis jede Bestimmung des ersten Entwurfes, ja jeden Ausdruck und jedes Wort einer höchst sorgfältigen Revision unterzogen. Diese grossartige Literatur über den ersten Entwurf ist eines der schönsten und erhebendsten Denkmäler von Opferwilligkeit und Pflichttreue, welche die Geschichte aufweist. Die Kommission für die zweite Lesung hat ihre Pflicht dieser Literatur gegenüber gleichfalls nicht versäumt. Alle Erwägungen der Kritik, auch diejenigen, welche in der Tagespresse oder in den Noten der rechtsdogmatischen Abhandlungen als flüchtige Bemerkungen und dgl. zerstreut waren, hat man eifrig zusammengetragen, geordnet und bei der zweiten Lesung eingehend berücksichtigt. Von einer eigensinnigen Konservirung der ersten Redaktion und Missachtung der Rathschläge der Kritik zu reden wäre höchst ungerecht. Wir haben oben die Streichung der ersten Paragraphen des Entwurfes I vom civilpolitischen Standpunkt aus getadelt. Hier heben wir rühmend diese That der Kommission, als ein besonders bezeichnendes Zeugniss ihres Freimuthes und ihrer Unbefangenheit der ersten Lesung gegenüber, hervor. Kurz, was die Rechtswissenschaft für den zweiten Entwurf zu liefern im Stande war, hat sie geliefert und die Kommission hat auch die kleinsten Gaben nicht verschmäht. Wenn man also die erste Lesung der Rechtswissenschaft entgegenstellen und behaupten konnte, dass sie der Höhe der gegenwärtigen Wissenschaft entsprechend besser ausfallen könnte, so ist eine derartige Gegenüberstellung bei dem zweiten Entwurf ausgeschlossen. Darnach wäre also in unserer Polemik unter dem „Verfasser des Entwurfes“ die gegenwärtige Rechtswissenschaft im Allgemeinen zu verstehen. Aber auch diese wollten wir keineswegs beschuldigen. Unser Kampf richtet sich vielmehr gegen ein noch abstrakteres Ding, gegen eine verhängnissvolle geschichtliche Unterlassung, gegen das Nichtvorhandensein der Civilpolitik. Und diese Unterlassung ist, da die zukünftige Civilpolitik ihrem oben angedeuteten Wesen nach keine juristische, sondern vielmehr eine volkswirthschaftliche Wissenschaft ist, nicht der Jurisprudenz, sondern vielmehr der politischen Oekonomie zu imputiren. Diese Wissenschaft befindet sich seit ihrer Entstehung auf einem eigenthümlichen Irrwege. Man erörtert die volkswirthschaftliche Bedeutung und Wirkung einiger abstrakter Principien des geltenden Civilrechtes (Privatkapital und seine Vererblichkeit, Vertragsfreiheit...), ohne den

wahren Civilrechtsmechanismus kennen zu wollen (vielfach auch ohne das Bewusstsein zu haben, dass es sich bei den bezüglichen Deduktionen um die Konsequenzen von Grundsätzen des Civilrechtes handelt); man liefert die Kritik des gegenwärtigen Mechanismus der Gütervertheilung, ohne eigentlich den Ausbau dieses Mechanismus zu kennen; man stellt grossartige und radikale oder bescheidenere und opportunistische Reformvorschläge auf, ohne das, was man reformiren will, genauer ins Auge zu fassen. Mit einem mépris souverain sprechen die Nationalökonomen von den Civilisten und von den „juristischen Einzelnheiten, technischen Rechtsfragen“. Es dürfte doch wohl sonst als Axiom für jede Wissenschaft, für jede Kritik, für jede Politik gelten, dass man vor Allem das Objekt der Erklärung, der Kritik, der angestrebten Verbesserung genau kennen muss. In der politischen Oekonomie gilt thatsächlich eine entgegengesetzte Regel als selbstverständlich. Natürlich ergeben sich daraus viele Irrthümer und Missstände. Manche in der Nationalökonomie vorkommenden Theorien und Konstruktionen würden niemals die Welt erblicken, wenn ihre Verfasser den Civilrechtsmechanismus genauer gekannt oder den Versuch unternommen hätten, in Gedanken die Konsequenzen aus ihrer Theorie für das Civilrecht zu ziehen.[1] Wichtiger als die Unzulänglichkeit einzelner Begriffe und Theorien ist die Thatsache, dass man den ganzen Mechanismus sowie die Natur und die Bedeutung der bewegenden Kräfte im Allgemeinen und im Einzelnen nicht oder nur falsch und einseitig verstehen kann, wenn man mit solchen allgemeinen und nebelhaften Abstraktionen wie die Nationalökonomie operirt. Wie kann man z. B. den Mechanismus des Tauschverkehrs kennen, wenn man die Regeln des Obligationenrechts nicht in Betracht zieht? Wenn die Nationalökonomie von der freien Konkurrenz und ihren Folgen spricht, den Tauschverkehr sehr einfach durch gewisse wirthschaftliche Motive erklärt, und das politische Postulat aufstellt, dass die Vertragsfreiheit erweitert oder beschränkt werden soll, so kann der Civilist darüber mit Recht bemerken:

1) Manche auffallenden Beispiele liefert die Literaturgeschichte der Lehre vom Einkommen in der Nationalökonomie (und namentlich der Lehre von den Bestandtheilen des Einkommens, vgl. oben § 35). Wir sind im Allgemeinen überzeugt, dass die Nationalökonomie eine gründliche Selbstreinigung erreichen wird, wenn sie ihre Begriffe und Theorien systematisch mit dem Civilrecht in Einklang bringt und den Bedürfnissen des Civilrechtes entsprechend entwickelt.

a) Was die freie Konkurrenz, die Vertragsfreiheit anbetrifft, so kennt eigentlich kein Civilrecht, kein geltender Mechanismus der Gütervertheilung einen solchen Begriff oder Satz. Es handelt sich vielmehr um eine grosse Anzahl von einzelnen Rechtssätzen, welche man kennen muss, um beurtheilen zu können, inwieweit und in welchen Hinsichten das Princip der freien Konkurrenz anerkannt ist; verschiedene Civilrechte sind in dieser Hinsicht sehr verschieden; um sich darüber zu überzeugen, mögen die Nationalökonomen das Recht des Corpus iuris z. B. mit dem Gemeinen Recht oder mit dem klassischen römischen Recht, oder mit dem Handelsrecht, oder mit dem Recht des Entwurfes vergleichen, um die noch mehr differirenden Civilrechte bei Seite zu lassen. Das Corpus iuris kennt nur eine gewisse Anzahl von Verträgen, sorgt eifrig für die Kontrolle des ökonomischen und sittlichen Inhalts jedes Vertrages und lässt vielfach die Freiheit bei der Bestimmung der Art und der Höhe des Aequivalentes nur in bestimmten Grenzen zu. Ganz anders verfährt in dieser Hinsicht der Entwurf. — Aus dem Princip der bindenden Kraft des frei ertheilten Versprechens, d. h. der Uebernahme der Verantwortlichkeit für die Erfüllung, ergeben sich ferner logisch manche Konsequenzen, welche das Corpus iuris vielfach nicht befolgt oder beschränkt (z. B. benef. competentiae, Beseitigung der usurae usurarum, Beschränkungen des Schadensersatzes und dgl.); der Entwurf enthält auch in diesen Hinsichten ein ganz anderes Recht etc. etc. Welches Vertragsrecht meinen die Nationalökonomen, wenn sie von dem Princip des freien Vertrages sprechen? Wenn wir z. B. im Entwurf das Princip der Vertragsfreiheit konstatiren, so wäre dann vielleicht das System des Corpus iuris etwa als eine halbe Vertragsfreiheit zu bezeichnen. Vielleicht denken die Nationalökonomen an ein durchschnittliches modernes Civilrecht? Nein, noch schlimmer, man berücksichtigt eigentlich kein positives noch durchschnittliches Obligationenrecht; man operirt mit der Formel der Vertragsfreiheit, ohne überhaupt an eine bestimmte Durchführung dieser Formel zu denken.

b) Was die Erklärung des Tauschverkehrs durch gewisse Charakterseiten des Menschen als Wirthschaftssubjektes anbetrifft, so ist die betreffende Theorie der politischen Oekonomie gleichfalls sehr mangel- und lückenhaft. So z. B. setzen die Nationalökonomen voraus, dass die Kontrahenten im Tauschverkehr genau wissen, was sie versprechen und wozu sie sich verpflichten, wenn

sie einen Tauschvertrag schliessen. Bei der Berücksichtigung des civilrechtlichen Mechanismus würde dagegen die Nationalökonomie in Betracht ziehen müssen, dass es eine Masse sog. dispositiver Normen giebt, welche den Parteien oft erst nachträglich verkünden, wozu sie sich durch den Abschluss des betreffenden Vertrages verpflichtet haben. Diese Normen befinden sich nicht nur in dem Titel des Gesetzbuches, welcher sich speciell auf den in Frage kommenden Vertrag bezieht, sondern auch z. B. im allgemeinen Theil des Gesetzbuches und in dem allgemeinen Theil des Buches über das Obligationenrecht. Auch wenn wir voraussetzen, dass die Parteien grosse Kenner des Civilrechtes sind, so können sie doch thatsächlich nicht alle solche Bestimmungen, welche sich eventuell für sie als sehr wichtig erweisen können, berücksichtigen und veranschlagen. Meistens sind aber die Parteien keine Civilrechtskenner. Dies komplicirt aber im grossen Masse die Psychologie des Tauschvertrages im Allgemeinen und jedes einzelnen Typus desselben insbesondere. Unser Verständniss des Tauschverkehrs ist lückenhaft und hinkend, wenn wir eine wichtige psychologische Thatsache, welche als Vertrauen auf die Vernunft und Gerechtigkeit des geltenden Rechtes bezeichnet werden kann, nicht in Betracht ziehen. Jeder Vertrag enthält ein x und ist mehr oder weniger einem Sprung ins Dunkle ähnlich. Von der Intensität des Vertrauens des Volkes, dass in diesem x keine Gefahr steckt, hängen im grossen Masse der gesunde Verkehr und die normale Preisbildung ab. Dieses Vertrauen hängt aber wiederum davon ab, inwiefern das betreffende Civilrecht dasselbe verdient. Bei einem solchen Civilrecht wie das des Entwurfes kann man unmöglich grosse Hoffnungen in dieser Beziehung hegen. Wenn z. B. Jemand den in den §§ 433 fg. geregelten Vertrag (Verkauf mit der Klausel des Wiederkaufs) schliesst, ohne den Inhalt der betreffenden §§ genauer zu kennen oder deren Tragweite zu verstehen, so täuscht er sich gewaltig über den wirklichen Werth des geschlossenen Rechtsgeschäftes. Er glaubt, dass er eine feste Anwartschaft auf die Rückerlangung seines Landgutes oder dergl. erlangt, während er in Wahrheit sich der Gewalt des Kreditgebers ausgeliefert hat, welcher nach Willkür ihn ökonomisch unterdrücken und seine Hoffnungen vereiteln kann (oben Bd. I S. 320). Bei der grossen Masse von Rechtsfragen verschiedener Art, deren Lösung wir im römischen Rechte und im Entwurfe oben und im ersten Bande zu kritisiren hatten, haben wir überall dieselbe Er-

scheinung beobachtet. Bei der Geltung des römischen Rechtes kann jede redliche Partei darauf vertrauen, dass das Recht keine für sie gefährliche Bestimmung enthält, dass es mit grossem Takt Missbräuche unmöglich macht etc. Im Falle der Einführung des gegenwärtigen Entwurfes als Gesetzbuchs ist dagegen für die am Verkehr Theilnehmenden die grösste Vorsicht geboten. Der Mangel an Vertrauen der bezeichneten Art bedeutet aber einen grossen Kraftverlust und eine hemmende Reibung im Tauschmechanismus, welche dem Volke Millionen kosten kann. Denn das Misstrauen und die Furcht vor dem geltenden Rechte bildet für die Volkswirthschaft eine feindliche und werthzerstörende Kraft, ein Hinderniss, welches zwischen den Parteien steht, obgleich das Rechtsgeschäft sonst ihren beiderseitigen Interessen vollkommen entspricht. In allen Fällen, in welchen dieses überflüssige Hinderniss nicht überwunden wird oder in welchen dasselbe einen nutzlosen Aufwand von Mühe oder einen sonst nicht angerathenen Aufschub des Vertragsschlusses herbeiführt, leidet darunter der Wohlstand des Volkes. Auch die Liebe als das höchste Kulturgut leidet darunter, weil der Mangel an Vertrauen zum objektiven Recht zur Hypokrisie und zum Misstrauen unter den Parteien führt und die Freundlichkeit, das offene und vertrauende Entgegenkommen hindert.[1]

Andere wichtige Bestandtheile der Volkspsychologie, welche wir beachten müssen, um den Tauschverkehr und die ihn bewegenden Kräfte zu verstehen, sind z. B. ein gewisses Minimum der Redlichkeit, der instinktiven Achtung für das gegebene Wort, der Nachsicht und der Berücksichtigung der Interessen der Gegenpartei. Ohne diese Kulturerrungenschaften, ohne diese höchst wichtigen Seiten der Volkspsychologie würde die Regelung der Produktion und der Vertheilung der Güter nach den modernen

---

1) Eine theilweise Korrektur des schlechten Civilrechtes entsteht dadurch, dass im Verkehr eine Neigung zu besonders eingehender Regelung von Vertragsklauseln sich entwickelt. Die Weisheit und Vollkommenheit des objektiven Rechtes sucht man durch die Masse und Vorsicht der Vertragsklauseln zu ersetzen. Dies führt aber wiederum zum Sieg der Schlauen und zur Unterdrückung der Unerfahrenen. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass man bei Weitem nicht alle gefährlichen Sätze des objektiven Rechtes durch die vorsichtige Redaktion des Kontraktes unschädlich machen kann. So z. B. würde kaum Jemand die Bestimmungen des Entwurfes über das Rücktrittsrecht durch Vertragsklauseln beseitigen, erstens weil man gewöhnlich hofft, dass es zum Verzug, zur erheblichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse oder dgl. nicht kommen werde, zweitens weil bei der Gegenpartei solche Vertragsklauseln Misstrauen erwecken würden.

freiheitlichen civilrechtlichen Grundsätzen undenkbar, jedenfalls höchst verderblich. Jedes positive Civilrecht setzt ein gewisses Minimum der genannten Kulturerrungenschaften voraus und übt seinerseits auf dieselben einen höchst wichtigen Einfluss aus; welchen, das hängt wiederum von der Qualität des betreffenden Civilrechtes ab. Anders muss in dieser Hinsicht z. B. das römische Recht, anders der Entwurf wirken, welcher die Idee des ethischen Imperatives, auf welchem der Obligationenverkehr beruht, in die geschichtliche Rumpelkammer verweist, welcher das Volk belehrt, dass das Verbleiben beim gegebenen Wort eine praktische Interessenfrage sei, welcher an Rücksichtslosigkeit bei Geltendmachung des Forderungsrechtes gewöhnt, welcher der Unredlichkeit durch seine unvorsichtigen Sätze Thür und Thor öffnet. Dafür interessirt sich die Nationalökonomie wiederum nicht. Sie erklärt den Tauschverkehr so, als ob gerade diejenigen psychologischen Erscheinungen, auf welchen derselbe wesentlich beruht, überflüssig wären. Wenn sie sich für die „juristischen Einzelnheiten“, „technischen Rechtsfragen“ mehr interessirte, würde sie sogleich bemerken, dass der psychische Mechanismus des Tauschverkehrs durch ihre einfachen Formeln nicht erklärt werden kann, dass die „juristischen Einzelnheiten“ eine sehr komplicirte Psychologie voraussetzen und erzeugen.[1]

---

1) Auch die Theorie der einzelnen technischen Fragen des Tauschverkehrs, z. B. der Preisbildung, muss lückenhaft bleiben, wenn man den Inhalt und die Qualität des Civilrechtes nicht in Betracht zieht. Vom Vertrauen, welches die Parteien zu dem geltenden Recht empfinden und vom Inhalt der Rechtsnormen, welche für einen bestimmten Vertrag massgebend sind, hängen auch die Preise ab, welche durch die betreffende Kategorie der Verträge ausgebildet werden (vgl. ein interessantes Beispiel oben S. 45, 46 Note). Man wende uns nicht ein, dass es sich nur um eine geringe Grösse, um einen praktisch unbedeutenden Faktor der Preisbildung handelt. Das Entgegengesetzte ist vielmehr richtig. Dies entzieht sich nur unserer Aufmerksamkeit darum, weil verschiedene geltende Civilrechte im Allgemeinen nach ziemlich gleichen Grundsätzen verfahren, und weil der Tauschverkehr, welcher sich eine längere Zeit unter der Herrschaft eines positiven Civilrechtes befindet, entsprechende mehr oder weniger feste Taxen besitzt, durch welche die Parteien, ohne dessen bewusst zu sein, sich beim Abschluss von Verträgen leiten lassen. Aus dem letzten Umstand folgt unter Anderem, dass die Ersetzung eines Civilrechtes durch ein neues bürgerliches Gesetzbuch eine mehr oder weniger lange Periode der anomalen Preisbildung (solange alte Taxen durch neue nicht ersetzt werden) herbeiführt. Von der allgemeinen Richtung und einzelnen Neuerungen des neuen Gesetzbuches hängt es ab, nach welcher Richtung die Gütervertheilung dadurch beeinflusst wird, welchen Klassen der Bevölkerung diese Erscheinung nützen, welchen schaden wird. Uebrigens müssen hier analoge Komplikationen, wie bei der Abwälzung der Steuern, eintreten. Hier ist nicht der Ort, die angedeuteten interessanten Probleme genauer zu verfolgen. Die Materie verdient eine selbstständige eingehende

c) Wenn man von nationalökonomischer Seite das Postulat der Beschränkung der Vertragsfreiheit ausspricht, so scheint es uns zweifelhaft zu sein, ob der Civilgesetzgeber davon grossen Nutzen ziehen kann. Gewiss darf das Civilrecht dem Princip der unbeschränkten Vertragsfreiheit nicht folgen; dies thut auch kein positives Civilrecht; jedes enthält zahlreiche mehr oder weniger principielle und praktisch bedeutsame Beschränkungen der Vertragsfreiheit. Es ist vielleicht auch richtig, dass der moderne Civilgesetzgeber gut thäte, manche alte Beschränkungen zu erweitern oder neue einzuführen. Durch eine allgemeine Redensart kann hier aber nicht geholfen werden. So lange und insofern die Verwaltung der Volkswirthschaft nach dem Princip der Decentralisation (vgl. oben S. 464) geschieht, muss man auch dem Princip der Vertragsfreiheit im Allgemeinen einen grossen Spielraum gewähren. Wenn man die Verwaltung centralisirt, einen allgemeinen einheitlichen Plan aufstellt, eine einheitliche Aufsicht und Leitung organisirt, jedem Beamten vorschreibt, was er zu thun hat, dann wird die Sachlage eine andere werden. Da aber jetzt die Verwalter von Güterstationen kein bestimmtes Programm der Verwaltung erhalten, so bleibt nichts übrig, als ihnen die Möglichkeit zu gewähren, ein Programm selbstständig auszuarbeiten und auszuführen. Die Vertragsfreiheit im Allgemeinen ist ein vom Standpunkt der Verwaltung des Volksreichthums und der Volkserziehung absolut nothwendiges Korrelat der Decentralisation (dasselbe gilt für die Freiheit der Ausübung von Eigenthumsrechten, für ein gewisses Mass der Testirfreiheit, für die Bewegungsfreiheit des Individuums . . .). Es können also nur bestimmte specielle Vorschläge durchführbar und von Nutzen sein. Um solche zu machen, muss man aber den civilrechtlichen Mechanismus, die Psychologie, auf welche derselbe berechnet ist, die Mittel, über welche der Civilgesetzgeber verfügt, um eine volkswirthschaftliche Erscheinung hervorzurufen oder zu unterdrücken, genau kennen. Für die Nationalökonomie bildet z. B. der Gegensatz der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit eine „juristische Einzelnheit“; es giebt aber noch andere Mittel der Beschränkung der Vertragsfreiheit, welche für die Nationalökonomie

---

wissenschaftliche Bearbeitung (und eine sorgfältige Beachtung bei der Abfassung eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches, unter Anderem z. B. bei der Beurtheilung der Frage, inwieweit die Rücksicht auf Erscheinungen der Preisbildung im Allgemeinen und im Einzelnen für die Beibehaltung römischrechtlicher Grundsätze mitzusprechen hat).

als technische Rechtsfragen gelten, d. h. eine terra incognita bilden. Man muss aber doch den absoluten und relativen Werth dieser Mittel kennen, um Reformen, welche einen sachgemässen Gebrauch dieser Mittel voraussetzen, auszuführen oder vorzuschlagen.

Noch weniger genügt es, wenn von nationalökonomischer Seite verkündet wird, dass man das Civilrecht „social“ gestalten soll. Dieses Schlagwort leidet noch mehr an Unbestimmtheit und ist noch mehr geeignet, Missverständnisse und Verwirrung hervorzurufen, als das oben erwähnte. Das Wort „social“ ist zunächst an sich sehr vieldeutig. Jeder politische Wolf tritt gegenwärtig in diesem Schafpelz auf. Jeder politische Pfuscher maskirt seine Unwissenheit durch dieses Schlagwort. Wenn man das Wort ohne präcise und ins Einzelne gehende Formulirung des Programms hört, so weiss man noch gar nicht, wie es zu verstehen ist. Wenn eine Klasse oder eine politische Partei Sondervortheile vom Staate auf Kosten der Gesammtheit erlangen will, so schreibt sie auf ihre Fahne das Wort „social“. In diesem Sinne wird das Wort „social“ häufiger gebraucht, als im entgegengesetzten Sinne, im Sinne der Unterordnung von Sonderinteressen dem allgemeinen Wohl gegenüber. Das Wort „social“ wird auch in einem speciellen Sinne gebraucht: es werden darunter die Bestrebungen des Socialismus verstanden. Entsprechend gebraucht man noch häufiger dieses Wort im entgegengesetzten Sinne, im Sinne des Kampfes gegen diese Bestrebungen. Zwar ist das Schlagwort im Falle der Bestellung neuer Kanonen oder bei dem Bau neuer Kasernen bisher ungebräuchlich. Wenn es sich aber um analoge weniger unmittelbare Massregeln handelt, so wird das Wort „social“ mit Vorliebe wiederholt. Wenn es sich um den Fortschritt handelt, so heisst es „social“; wenn es sich um reaktionäre Bestrebungen handelt, so wird doppelt so laut „social“ geschrieen. Wenn es sich um den Frieden und die Liebe zwischen den verschiedenen Bestandtheilen des Volkes handelt, so heisst es „social“; wenn man den Hass und die Ausrottung predigt, so wird doppelt so laut „social“ geschrieen. Es besteht ja sicher keine Gefahr, dass Männer der Wissenschaft sich zur Hypokrisie oder zur Vertretung irgend welcher Parteiinteressen erniedrigen, dass sie mala fide äusserlich bestechende Schlagworte gebrauchen, um irgend Jemanden zu täuschen oder irgend welche Agitationszwecke zu erreichen. Wohl aber ist nicht ausgeschlossen die Gefahr, dass man selbst getäuscht wird, dass man trotz des besten Willens auf Abwege geräth, dass man

bona fide Uebel stiftet, wenn man unbestimmten und vieldeutigen Schlagworten folgt und heterogene Programmbruchstücke, welche draussen unter der Etiquette „social“ im Umlauf sind, gleichzeitig und ohne wissenschaftliche Kritik und Auswahl recipirt. Diese und ähnliche Gefahren sind im Gebiete des Civilrechtes doppelt so gross, wie anderswo, weil wir den civilrechtlichen Mechanismus als ein System von Regeln der decentralisirten Volkswirthschaftsverwaltung noch nicht genauer kennen gelernt haben. Anstatt dieses Versäumniss nachholen zu suchen und ein entsprechendes System der präcisen Besserungsvorschläge wissenschaftlich auszuarbeiten, schenkt uns die politische Oekonomie gnädig ein unbestimmtes allgemeines Schlagwort. Daraus kann nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Gesetzgebung eine arge Verwirrung entstehen. Es handelt sich gerade um die Neuordnung des Civilrechtes. Man muss also schnell die Arznei nach dem allgemeinen unbestimmten Recepte verfertigen und dem Volke zum Genuss überreichen. Als ob es sich um ein corpus vile handelte, welches man jeder Kurpfuscherei straflos unterwerfen dürfte, als ob hier die genaueste und sorgfältigste wissenschaftliche Prüfung und Vorsicht entbehrlich wäre! Das Recept lässt höchst verschiedene Deutungen und Arten der Befolgung zu. Unter Anderem kann man zwischen der Homöopathie und Allopathie wählen. Die erstere hat freilich aus vielen Gründen mehr Aussicht auf Befolgung, z. B. schon darum, weil es sich beim Fehlen der Civilpolitik als einer selbstständigen und systematischen Wissenschaft mit einem einheitlichen bewussten Programm nur um Paragraphen und Paragraphenverbesserungen handeln kann, auch wenn man äusserlich von einem System und Programm reden wollte. Man muss also nach Paragraphen suchen, bei welchen man „social“ sein könnte. Aber auch hier kann eine Wissenschaft nicht durch einen Gelegenheitseifer ersetzt werden. Das natürliche Ergebniss muss sein, dass man nur eine sehr geringe Anzahl von Paragraphen herausfinden kann, in welchen sich das Civilrecht „mit der socialen Frage berührt“, in welchen man einen Raum für einen Tropfen socialen Oels zu finden glaubt. Diese Art der Befolgung des genannten Receptes scheint verhältnissmässig sehr unschuldig zu sein, auch wenn es sich vielfach um ein abgestandenes und verdorbenes Oel handelte. Denn die Paar Tropfen socialen Oels vermögen im civilrechtlichen Meer keine nennenswerthe Veränderung herbeizuführen. Der Vorzug der Ho-

möopathie ist, das sie nicht schadet. Die Sache würde mehr komisch als tragisch aussehen.

Daneben können aber andere sehr gefährliche Erscheinungen durch das obige Schlagwort ins Leben gerufen oder unterstützt werden. Neben dem Suchen nach den Paragraphen, bei welchen man social sein könnte, kann die Tendenz entstehen, im Allgemeinen nach Paragraphen zu suchen, wo man etwas Anderes bestimmen könnte, als was das geltende Recht bestimmt. Dazu trägt noch ein anderes von Nationalökonomen ohne genauere Kritik wiederholte Schlagwort bei. Es heisst, dass das römische Recht „individualistisch" sei. Gewiss, das römische Recht ist individualistisch im Verhältniss z. B. zum Recht der Feudalzeit. In diesem Sinne können wir uns aber über den Individualismus des römischen Rechtes nur freuen. Auch die extremsten Reaktionäre hielten doch die Rückkehr zu entsprechenden Rechtsinstituten, ständischen Privilegien und Sonderrechten weder für möglich noch für wünschenswerth. Von demselben Standpunkt aus kann man sagen, dass das römische Recht dem ägyptischen Kastenrecht gegenüber sehr individualistisch ist, dass die Kastenordnung „socialer" ist. Das römische Recht ist auch im Verhältniss zu dem auf socialistischen Grundlagen gebauten Zukunftsrecht individualistisch. Niemand aber, auch nicht die Socialisten der extremsten Richtung, würden von der durch den Bundesrath berufenen Kommission ernstlich fordern, dass sie ihre Sitzungen auf den Entwurf einer socialistischen Rechtsordnung verwende, dass sie in so und so vielen Sitzungen die sociale Frage löse. Noch weniger kann dies von anderen Nationalökonomen gemeint werden. Wenn es sich aber weder um die Reaktion zu überwundenen Rechtszuständen, noch um eine Beseitigung des Privateigenthums und des Privatvertrags handelt, so kann es sich nur darum handeln, ein solches „individualistisches" Recht zu schaffen, resp. beizubehalten, welches am besten dem allgemeinen Wohl entspräche. Dies Recht wäre u. E. ein „sociales Recht"; auf diese Weise würde die Kommission ihre wichtige Aufgabe am besten lösen. Wenn nun die politische Oekonomie den traditionellen Schlagworten nicht vertraute, sondern z. B. das römische Obligationenrecht einer genaueren volkswirthschaftlichen Kritik zu unterwerfen versuchte, so würde sie sich vielleicht überzeugen, dass dasselbe viel „socialer" ist, als irgend welches andere bekannte Obligationenrecht. Wie können die Nationalökonomen über das

römische Recht urtheilen, wenn sie dasselbe keiner Kritik unterworfen haben? Sie urtheilen vom Hörensagen! Das herrschende Dogma über die Natur des römischen Rechtes ist vielleicht eine Mythe, welche daraus entstanden ist, dass man den Geist dieses Rechtes falsch dargestellt und nach falschen Methoden beurtheilt hatte. Einer berufenen genaueren Untersuchung und Kritik nach der wissenschaftlich-ökonomischen Methode hat bisher Niemand das römische Recht unterworfen. Wir haben noch keine Ahnung davon, welche volkswirthschaftliche Weisheit im römischen Recht steckt. Es ist noch eine Aufgabe der Zukunft, das römische Recht vom volkswirthschaftlichen Standpunkt aus genau kennen zu lernen und seinen Werth zu bestimmen.

Die Rolle, welche die politische Oekonomie in Bezug auf die Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich gespielt hat, ist gleichfalls sehr problematischer Natur. Freilich konnte sie mit einmal nicht nachholen, was sie immer seit ihrer Entstehung vernachlässigt hatte. Immerhin, wenn die Nationalökonomie ihre Aufgabe und Pflicht verstanden und annähernd so viel Sorgfalt und Mühe auf die Kritik des Entwurfes von ihrem Standpunkt aus verwendet hätte, wie dies seitens der Civilisten von ihrem Standpunkt aus geschehen, so würde der zweite Entwurf sicher ganz anders ausgesehen haben. Anstatt dessen hat man nur die Verwirrung vergrössert und Missverständnisse begünstigt, indem man ohne genaueres selbstständiges kritisches Studium Schlagworte, wie „romanistische Schablone", „undeutsches Recht", „unschöpferisch", „formalistisch", „doktrinär", „unpraktisch" etc. wiederholt hat. Gewiss ist der erste Entwurf unschöpferisch. Neues hat er nicht geschaffen; man hat nur Altes kompilirt und nachgeahmt, wie man es verstand. Woher sollte man aber Neues schöpfen? Aus Nichts wird Nichts. Hat man denn für den zweiten Entwurf viel Neues geschaffen? Wo sind diese neuen Ideen, welche man in dem im Volke lebenden Rechtsbewusstsein oder sonst wo für den zweiten Entwurf entdeckt oder erfunden hat? Der zweite Entwurf ist ebenso eine Kompilation wie der erste. Die Kompilation bleibt Kompilation, gleichviel, ob man aus dem Corpus iuris oder aus dem Handelsgesetzbuch oder dgl. kompilirt. Wenn man einem speciellen und beschränkten Satz des Handelsrechtes eine allgemeine Geltung verleiht, so kann man dies doch nur als eine (unvorsichtige) kompilatorische, keineswegs aber als eine schöpferische Arbeit bezeichnen. Was wäre die Folge, wenn der Verfasser des Entwurfes reformatorisch

und schöpferisch vorzugehen versuchte? Je weiter der Verfasser sich von den alten Dogmen zu entfernen und selbständiger zu schaffen versuchte, desto monströser wäre das Produkt dieser Neuschöpfung. Man sollte doch einsehen, dass das Civilrecht einen höchst feinen und komplicirten Mechanismus bildet, welchen wir vom volkswirthschafts-theoretischen und -politischen Standpunkt noch nicht erfasst haben, dass die Volkswirthschaft, Volkspsychologie und Ethik auch nicht Dinge sind, mit welchen man straflos auf's Gerathewohl experimentiren kann. Wir betrachten die Thatsache, dass der Verfasser des ersten Entwurfes auf schöpferische Arbeit verzichtet hat, als ein Zeichen des lobenswerthen Verantwortlichkeitsgefühls und des richtigen Taktes. Damit sind für uns auch andere Vorwürfe, wie „romanistisch", „formalistisch", „doktrinär", „unpraktisch" etc. erledigt. Denn es handelt sich wesentlich um dieselbe Frage. Bei der Sachlage, wie sie jetzt thatsächlich ist, handelt es sich nur um die richtige Bescheidenheit. Der Verfasser hat sehr gut gethan, wenn er die alten Formeln, Doktrinen befolgt, wenn er „juristisch", nicht aber „praktisch" konstruirt hat. Wenn man auf Grund solcher „praktischer Erwägungen" oder „Billigkeitsrücksichten", welche den Verfasser des zweiten Entwurfes bewogen haben, römischrechtliche durch handelsrechtliche Sätze zu ersetzen, das Civilrecht in zahlreichen Punkten und im grossen Masstabe selbständig zu gestalten versuchte, so würde man erst recht zeigen, dass für die Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuches etwas mehr erforderlich ist, als worüber wir jetzt verfügen.

Das Betragen der Nationalökonomen wäre noch verhältnissmässig erklärlich, wenn sie der Meinung wären, dass der ganze civilrechtliche Mechanismus principiell nichts tauge, dass wir in der nächsten Zeit einen grundsätzlichen Umbau erleben werden, so dass es sich gar nicht lohne, das decentralisirte System der Verwaltung zu vervollkommnen. Uebrigens wäre es auch bei diesem Standpunkt sachgemässer, den gegenwärtigen Mechanismus genauer zu studiren und zu verbessern. Es ist für die sachgemässe Zukunftspolitik von Nutzen, genauer zu erkennen, welche psychologischen Elemente das gegenwärtige System voraussetzt und ausnutzt und wie diese Ausnutzung geschieht. Dass und warum es zu diesem Zweck nicht genügt, mit abstrakten Begriffen wie Vertragsfreiheit, Privatkapital etc. zu operiren, dass es auch hier nothwendig ist, die „juristischen Einzelnheiten" kennen zu lernen, das ergiebt sich aus

den obigen Ausführungen. Uebrigens meinen wir nicht, dass man durch das Studium des gegenwärtigen Mechanismus die Qualität und Quantität der vorhandenen psychologischen Errungenschaften und ihr Verhältniss unter einander auf dem Gebiete der ökonomischen Psychologie genau erkennen kann. Im Gegentheil, es sind auch andere Methoden zum Studium der thatsächlichen ökonomischen Psychologie heranzuziehen. Bei der Vergleichung der auf anderen Wegen erzielten Ergebnisse mit denen aus dem psychologischen Studium des geltenden Rechtes kann sich erweisen, dass eine Verschiebung der Volkspsychologie eingetreten, so dass das positive Recht hinter derselben zurückgeblieben ist. Gerade nur dann, wenn man die Ueberzeugung gewinnt, dass das Missverhältniss von grundsätzlicher Tragweite ist, kann man mit ruhigem Gewissen seine Stimme für eine grundsätzliche Reform erheben. Obgleich diese Reform auf der Ausnutzung anderer Psychologie, als die, welche früher dem geltenden Rechte entsprochen hat, beruhen würde, so ist es doch für den Bau des neuen Mechanismus unentbehrlich, die Art und Weise zu kennen, wie der frühere Mechanismus mit der alten Psychologie operirt hat. Da ferner die Reform jedenfalls thatsächlich nicht sogleich ausgeführt werden kann, so wird doch der wahre Menschenfreund und der sorgfältige Politiker nicht wünschen, dass die Zwischenzeit unnöthige Opfer verschlinge, dass Quellen der Demoralisation und Ursachen des Kraft- und Zeitverlustes, welche sogleich beseitigt werden können, weiter in der Zwischenzeit fortwirken.

Völlig unerklärlich und unverzeihlich erscheint uns dagegen das Betragen derjenigen Nationalökonomen, welche einen grundsätzlichen Umbau als gefährlich oder principiell unmöglich, oder thatsächlich unerreichbar und dgl. betrachten. Dann ist ja ihre wesentliche Aufgabe, den vorhandenen Mechanismus, unter Wahrung seiner Grundlage, zu vervollkommnen und weiter zu entwickeln. Die denkbar bescheidenste und höchst anspruchslose civilpolitische Aufgabe wäre dann, den civilrechtlichen Mechanismus so zu reinigen, dass diejenige Reibung, welche nicht durch die allgemeine Struktur desselben, sondern durch einzelne Fehler bedingt ist, beseitigt wird, dass der Mechanismus der decentralisirten Verwaltung so glatt funktionirt, wie dies bei seiner allgemeinen Struktur erreichbar ist. Darum müssten die Mitarbeit an der Schaffung und Entwickelung der Civilpolitik auch diejenigen Nationalökonomen als ihre Pflicht anerkennen, welche der Ansicht wären, dass das

gegenwärtige System der Volkswirthschaftsordnung im Allgemeinen das letzte Wort der Entwickelung wäre, oder welche den Fortschritt der ethischen Kultur leugnen würden. Wenn man aber darüber anderer Ansicht ist, so treten neue Aufgaben hinzu. Wenn die ethische Kultur einen wenn auch mässigen Fortschritt gemacht hat, so können und müssen wir entsprechende Verschiebungen in der Regelung des ökonomischen Lebens durchsetzen. Wir müssen dafür sorgen, dass die wohlthätigen psychischen wirkenden Kräfte und festen Krystallisationen sachgemäss nutzbar gemacht und fortentwickelt werden, dass manche andere Kräfte, deren Ausbildung kulturell nothwendig war, welche aber beim weiteren Wachsthum ihrer Intensität eine kulturfeindliche Hypertrophie erlangen müssten, auf dem gehörigen Niveau gehalten werden (vgl. oben S. 487 fg., S. 541 fg.). Analoge Aufgaben ergeben sich aus den technischen Fortschritten, aus den Veränderungen der Höhe und der Vertheilung des Volksreichthums, welche an sich, auch bei Leugnung des psychologisch-ethischen Fortschrittes, Veränderungen im System der Volksreichthumsverwaltung und zwar nicht nur im System der Centralisation (sog. öffentliches Recht, z. B. Finanzrecht), sondern auch in dem der Decentralisation (Civilrecht) erfordern.

Kurz, alle Nationalökonomen, mögen sie dieser oder jener Ansicht über die sog. sociale Frage huldigen, mögen sie socialistischen, manchesterlichen oder irgend welchen eklektischen Theorien folgen, finden in der Civilpolitik ein reiches Arbeitsfeld.

13. Selbstverständlich schliesst die volkswirthschaftliche Natur der Civilpolitik die Mitarbeit der Juristen nicht aus. Die Civilrechtswissenschaft und die Civilpolitik sind freilich zwei selbständige Wissenschaften, welche sehr verschiedene theoretische Aufgaben und praktische Zwecke verfolgen. Es kann z. B. keine Rede davon sein, dass die Rechtswissenschaft ihr System der Darstellung nicht eigenen Zwecken, sondern denen der Civilpolitik anpasse, oder dass sie bei der Interpretation der Quellen und der systematischen Darstellung des Inhaltes des geltenden Rechtes nicht für die Erkenntniss eben dieses Rechtes, sondern für die Durchführung von Postulaten der Civilpolitik sorgen sollte. Im Gegentheil, es ist vor einer solchen Vermengung auf's dringlichste zu warnen. Daraus folgt aber keineswegs, dass die Gelehrten, welche sich der Civilrechtswissenschaft widmen, nicht für die civilpolitische Bildung sorgen und an der Bearbeitung der Civilpolitik theilnehmen dürften. Gerade wenn sie in den beiden Wissensgebieten bewandert

sind, so werden sie auch leicht dieselben auseinanderzuhalten wissen. [1]

Was insbesondere die romanistische Wissenschaft anbetrifft, so ist die Mitarbeit ihrer Vertreter im hohen Grade für die Civilpolitik wünschenswerth. Hier könnte ein Missverständniss entstehen, welchem wir vorbeugen müssen.

Die romanistische Wissenschaft betrachtet diejenige Methode der Rechtsproduktion, welcher die römischen Juristen gefolgt sind, als mustergültig. Man hat sogar den Zweck der romanistischen Wissenschaft dahin bestimmt, dass die modernen Juristen sich in die Schule der römischen begeben sollen, um ihre Methode der Rechtserzeugung sich anzueignen und dann als gelehrige Schüler auf dieselbe Weise das römische Recht fortzuentwickeln, d. h. dasselbe den Bedürfnissen des modernen Lebens anzupassen. Auch dem Verfasser des Entwurfes hat man die Methode der römischen Juristen als Mustermethode empfohlen. Prima facie scheint diese Anschauung ganz natürlich, ja selbstverständlich zu sein. Für sie spricht die Vollkommenheit des römischen Civilrechtes, sowie die Thatsache, dass die nachrömische Civilrechtswissenschaft thatsächlich die Methode der römischen Juristen (wie sie dieselbe verstand) nachgeahmt hat oder jedenfalls nachzuahmen suchte und dass moderne bürgerliche Gesetzbücher zum grössten Theil nur mehr oder weniger gelungene Kompilationen und Kopien des römischen Rechtes bilden.

Nichtsdestoweniger ist die herrschende Anschauung u. E. als ein Zeugniss eines principiellen methodologischen Missverständnisses zu betrachten, als ein Beweis dafür, dass unsere Methode der Rechtsproduktion und die üblichen Anschauungen darüber unkritisch und primitiv sind. Die politische Oekonomie und die entsprechende Methode der Analyse und der Kritik von Erscheinungen

---

1) Die naturrechtliche Schule hat das Naturrecht und das positive Recht auseinanderzuhalten gewusst. Das Verhältniss der Civilpolitik zum Civilrecht ist im Allgemeinen dem des Naturrechtes zum positiven Recht sehr ähnlich. Die Ueberwindung der naturrechtlichen Schule durch die geschichtliche und praktisch-dogmatische Richtung hat eine Lücke herbeigeführt, welche die Civilpolitik wieder ausfüllen wird. In diesem Sinne können wir in der Entstehung der Civilpolitik eine Wiedergeburt des Naturrechtes erblicken. Diese Verwandtschaft kompromittirt keineswegs die Civilpolitik. Die geschehene „Ueberwindung" der Naturrechtswissenschaft ist u. E. zum grossen Theil als Folge und zugleich als Ursache der Verflachung von ethischen Anschauungen, der eingetretenen Ideen- und Idealarmuth zu betrachten.

der Produktion, Vertheilung und Konsumption ökonomischer Güter sind bekanntlich Errungenschaften der neueren Zeit. Die Erwähnung dieser Thatsache genügt u. E., um die Unzulänglichkeit der bekämpften Ansicht sogar demjenigen klar zu machen, welcher die römischen Rechtsquellen und die Methode der römischen Juristen gar nicht kennt. Es ist a priori selbstverständlich, dass zur Zeit der römischen Juristen von dem wissenschaftlichen Verständniss des Civilrechtsmechanismus, von der bewussten und systematischen Kritik desselben, von der einheitlichen, wissenschaftlichen, civilpolitischen Methode keine Rede sein konnte.

Wenn wir die Mitarbeit der Romanisten beim Ausbau der Civilpolitik als höchst wünschenswerth bezeichnen, so handelt es sich gar nicht darum, dass die Civilpolitik die Methode des Denkens de lege ferenda der römischen Juristen nachzuahmen hat oder dass sie den praktischen Zweck verfolgt, das römische Recht an die neu entstehenden Bedürfnisse des Verkehrs anzupassen. In den beiden Hinsichten ist die Civilpolitik vom Romanismus völlig unabhängig und grundverschieden. Wenn sie die Methode der römischen Juristen nachahmte, so wäre sie **keine Wissenschaft**, sondern höchstens eine Sammlung von Bemerkungen zu verschiedenen einzelnen Fragen de lege ferenda, ohne gemeinsame wissenschaftliche Grundideen, ohne wissenschaftliches, den tiefen und hohen Problemen der Civilpolitik entsprechendes System, — von Bemerkungen, wie sie etwa von praktischen Geschäftsleuten auf Grund ihres gesunden Verstandes und Rechtstaktes geliefert werden könnten. Wenn andererseits die Civilpolitik sich die Aufgabe stellte, das römische Recht den neuen Verkehrsbedürfnissen anzupassen, so würde darauf der Name Civilpolitik ebensowenig passen, wie etwa auf die Arbeiten der Glossatoren und Kommentatoren. Diese Juristen haben sich eben damit beschäftigt, das römische Recht den Bedürfnissen ihrer Zeit anzupassen. Dieselbe Aufgabe verfolgen die moderne Pandektendoktrin, die Wissenschaft des preussischen, des sächsischen, des französischen Rechtes u. s. w. in Bezug auf ihre Rechtssysteme. Da könnte man „Civilpolitiken“ nach Dutzenden rechnen; jede von ihnen interessirt sich für verschiedene zweifelhafte Fragen und hat im Allgemeinen ein anderes Objekt als andere Civilpolitiken u. s. w. Das meinen wir gar nicht, wenn wir von der Civilpolitik sprechen. Gerade darum reden wir von einer selbständigen Wissenschaft, weil sie von keinem einzelnen positiven Recht ab-

hängig ist. Gerade darum setzen wir auf dieselbe so grosse Hoffnungen, weil es sich nicht um die Zersplitterung, sondern um die Sammlung der geistigen (juristischen und nationalökonomischen) Kräfte aller Kulturländer der Erde handelt. Die Bewegung wird lavinenartig sein. Es handelt sich um die Errichtung eines für die ganze civilisirte Menschheit einheitlichen Bassins des Guten und Vernünftigen, nicht aber um die Anpassung irgend welchen positiven Rechtes auf die Bedürfnisse des Landes, wo dieses Recht gilt. Diese Aufgabe bleibt für die Wissenschaft des positiven Rechtes jedes Landes aufrecht, ebenso wie früher. Die Civilpolitik hat ganz andere Aufgaben. Die Hilfe der Romanisten ist für sie in einem ganz anderen und zwar im folgenden Sinne von Nutzen:

Die civilpolitische Methode beruht, wie aus den obigen Darstellungen ersichtlich, wesentlich auf der Deduktion. Allgemeine Prämissen dazu werden der (auf Beobachtung, insbesondere Selbstbeobachtung, und Erfahrung beruhenden) Individual- und Massenpsychologie entnommen.[1] Bei dem deduktiven Ausbau des Systems der Civilpolitik entsteht nun die Gefahr, dass unsere theoretischen abstrakten Konstruktionen eben zu abstrakt werden, d. h. dass wir solche Faktoren des wirklichen Lebens übersehen, welche den deduktiv vorausgesehenen Erfolg eines civilpolitischen Satzes an der

---

1) Dabei handelt es sich nicht nur um Motive, sondern auch um psychische Quellen unmotivirten Betragens, nicht nur um gesunde und normale, sondern auch um pathologische psychische Erscheinungen. Besonders aber ist zu betonen, dass wir die Ansicht über die Motive, als Ausgangspunkte der theoretischen und politischen Deduktionen der politischen Oekonomie, darum als einseitig betrachten, weil das Hauptgewicht nicht darauf zu legen ist, welche volkswirthschaftlich nützlichen oder schädlichen Handlungen eine Massregel bei vorhandener Psychologie erzeugt (dies ist so zu sagen eine methodologische Vorstufe wichtigerer Betrachtungen, vgl. oben S. 474 fg.), sondern darauf, wie die vorhandene Psychologie, insbesondere die vorhandenen ethischen Kräfte zu entwickeln und feste Krystallisationen zu schaffen sind, in concreto, wie eine Massregel die vorhandene Psychologie specificirt. Besonderes Interesse haben für uns darum die psychologischen Gesetze der Association der Ideen, der Verdichtung wiederkehrender psychischer Erscheinungen zu festen Gewohnheiten, Anschauungen, Instinkten ... und zwar nicht nur bei Individuen, sondern auch bei Volksmassen, insofern hier eigenthümliche und specifische, von der Individualpsychologie verschiedene Erscheinungen beobachtet werden.

Natürlich wird man bei civilpolitischen Deduktionen meist als Prämissen die schon gewonnenen nationalökonomisch-theoretischen und politischen, namentlich die feststehenden civilpolitischen Sätze als Prämissen benutzen können, ohne dieselben auf psychisch-ethische Sätze jedesmal zurückzuführen. Mit dem Fortschritt der Civilpolitik wird diese Möglichkeit immer häufiger vorkommen. Das Ideal wäre, aus wenigen civilpolitischen Grundbegriffen und Grundideen den ganzen Bau dialektisch zu konstruiren.

Entstehung hindern, resp. wesentlich verändern. Dass wir deduktiv die voraussichtliche Wirkung eines civilrechtlichen Postulates nicht genau, etwa ziffermässig, veranschlagen können, ist selbstverständlich, weil die als Prämissen gebrauchten Sätze psychologischer und insbesondere ethischer Natur sich einer genauen Berechnung entziehen. Darum handelt es sich hier auch nicht; desgleichen ist es selbstverständlich und nicht gefährlich, dass wir bei civilpolitischen Deduktionen von vielen Faktoren unwesentlicher Natur abstrahiren müssen. Gefährlich ist nur die (sei es aus Unaufmerksamkeit, sei es aus anderen Ursachen) geschehene Abstraktion von solchen Faktoren, welche das gewonnene Postulat civilpolitisch entwerthen oder dessen wesentliche Modifikation erfordern. Um solchen Irrthümern nach Möglichkeit vorzubeugen, muss die Civilpolitik für die Kontrole ihrer deduktiven Schlüsse durch die Erfahrung nach Kräften sorgen. Hier können nun das römische Recht und die romanistische Wissenschaft unschätzbare Dienste leisten. Das römische Recht ist als ein Niederschlag der langjährigen volkswirthschaftlichen Erfahrung anzusehen, als ein Krystallisationsprodukt von volkswirthschaftlichen Thatsachen. Die römischen Juristen haben nicht, wie die zukünftigen Civilpolitiker, den Mechanismus der decentralisirten Volkswirthschaftsverwaltung deduktiv und bewusst konstruirt, sondern sie haben vielmehr nur als Organ der juristischen Formulirung von unbewussten Erfahrungswahrheiten fungirt. Als Analogie dazu haben wir an anderem Orte („Fruchtwerth.“ S. 203) folgende Erscheinungen angeführt: „Die Mathematiker haben konstatirt, dass die Bienen ihre Honigzellen mathematisch regelrecht bauen und dass sie diejenige geometrische Figur wählen, welche gerade bei dem kleinsten Aufwand von Arbeit und Wachs den grössten Raum für den Honig enthält. Die Aesthetiker haben erst in der neuesten Zeit diejenigen Architekturregeln entdeckt und theoretisch begründet, welche die Griechen schon angewendet haben, während man früher die griechischen architektonischen Krümmungen für fehlerhaft hielt.“ Es wäre beinahe ebenso verkehrt, die volkswirthschaftliche Kunstgerechtigkeit des römischen Rechtes durch die bewusste civilpolitische Dialektik der römischen Juristen zu erklären, wie den Bau der Honigzellen durch die geometrische Bildung und zielbewusste architektonische Erwägungen der Bienen. Es kam natürlich vor, dass die römischen Juristen über den Sinn und die Bedeutung verschiedener civilrechtlicher Sätze und Begriffe

nachgedacht und darüber mitunter (sehr naive und unzulängliche, vgl. z. B. Fruchtvertheilung § 44, oben Bd. I §§ 16, 17, 18, mitunter aber) sehr gelungene Bemerkungen ausgesprochen haben. Auch ein ungebildeter rusticus oder noch mehr ein erfahrener Geschäftsmann könnte über viele civilrechtliche Sätze interessante und an sich (nicht nur eben vom Standpunkt eines Geschäftsmannes, sondern mitunter auch vom nationalökonomischen Standpunkt aus) zutreffende Bemerkungen aussprechen, ohne dass dies uns zum Schluss berechtigte, dass er z. B. die Bedeutung des Civilrechtsmechanismus für die Gütervertheilung oder für die Ethik bewusst erfasst hätte oder dass er im Stande wäre, ein Civilgesetzbuch einer bewussten und fruchtbaren Kritik zu unterwerfen oder auf Grund bewusster Civilpolitik einen Theil des Civilrechtes sachgemäss auszubauen. Dies wäre schon darum ohne eine theoretische Vorbildung unmöglich, weil dazu nicht genügt, über privatwirthschaftliche Weisheit und Erfahrung zu verfügen: diese können den Mangel an nationalökonomischen Kenntnissen und Denkmethode bei Weitem nicht immer ersetzen. Wenn wir die römischen Quellen genauer studiren, so bemerken wir ferner, dass die erwähnten Gedanken und Theorien der römischen Juristen auch in ihrem verhältnissmässig sehr beschränkten und nicht tief gehenden Gebiete keine entscheidende Bedeutung gehabt haben, dass sie keineswegs als rechtsbildende Faktoren, sondern vielmehr als Erklärungen ex post der schon geltenden Rechtssätze, als nachträgliche demonstrationes quae non nocent nec prosunt erscheinen. In einem noch grösseren Masse, als ihre juristischen Konstruktionen, Begriffsbestimmungen und allgemeinen regulae iuris, befanden sich diese Gedanken vielfach gar nicht im Einklang mit dem positiven Rechte, ohne die Entwickelung dieses letzteren im praktischen Endergebnisse zu stören. Es ist hier nicht der Ort, eine wissenschaftliche Erklärung zu liefern, wie es kommen kann, dass durch die Zusammenwirkung von Individuen, von Vertretern der Privatwirthschaften, Sätze und Postulate entstehen, welche eine unbewusste volkswirthschaftliche Weisheit enthalten, wie in den Volksmassen, welche eine Menge von Individuen mit ihren Privatbestrebungen und nicht immer hohen Privatidealen bilden, Anschauungen und Institutionen unbewusst entstehen, welche dem genus humanum als solchem wohlthätig sind und dasselbe zum hohen Ideal erziehen. Dies ist eines der schwierigsten und interessantesten Probleme der Kultur- und Rechtswissenschaft, welches noch keineswegs be-

friedigend gelöst ist. Die geschichtliche Schule hat das Geheimniss der Rechtsentwickelung nicht gelöst, sondern nur darauf hingewiesen, dass es sich um geheimnissvolle Kräfte (Volksgeist) handelt, dass aber jedenfalls die teleologische Erklärung der Rechtsentwickelung unzulänglich ist. Die oben ausgesprochene Ansicht über das römische Recht ist eigentlich zum grossen Theil nichts weiter, als eine rückhaltslose und konsequente Anerkennung der durch die geschichtliche Schule vertretenen Bekämpfung der teleologischen Erklärung der Rechtsentwickelung. Die Erklärung der Entstehung des Institutes des Eigenthums, des Besitzes etc. durch den Zweck dieser Institute ist ebenso unzulänglich, wie die teleologische Erklärung des Baues des menschlichen Organismus, z. B. des Vorhandenseins und der Konstruktion der Augen, der Ohren ... durch den Hinweis, dass diese Organe zum Zweck des Sehens, des Hörens ... dem Menschen verliehen und entsprechend im Einzelnen konstruirt sind, wie die Erklärung der Existenz des Mondes dadurch, dass er den Zweck hat, die Laternen in der Nacht zu ersetzen.

Gerade darum aber, weil wir in den römischen Juristen keine bewussten Civilpolitiker erblicken, weil wir das römische Recht als ein Produkt der unbewussten Massenerfahrungen, der Thatsachen selbst betrachten, schätzen wir dasselbe so hoch als Material für unsere wissenschaftlichen civilpolitischen Zwecke und zwar betrachten wir dasselbe als ein empirisches Kontrolmaterial für die deduktive Civilpolitik. Wenn dagegen die röm. Juristen derselben Methode gefolgt wären, wie die Civilpolitik, d. h. sich hauptsächlich auf die Deduktion gestützt hätten, so wäre das römische Recht für die empirische Prüfung von civilpolitischen Postulaten ungeeignet, denn die Wiederholung einer Deduktion wäre keine Prüfung derselben, wie wir sie für die Civilpolitik brauchen.

Wenn also ein Ergebniss der civilpolitischen Deduktion sich mit dem römischen empirischen Satz deckt, so ist dasselbe als im hohen Masse sicher zu betrachten, da zu diesem Satz zwei entgegengesetzte Methoden übereinstimmend führen.

Zu ebenso werthvollen Ergebnissen gelangen wir dann, wenn wir auf folgende Weise operiren:

Da das römische Recht, wie gesagt, einen Niederschlag der volkswirthschaftlichen Erfahrung, eine Masse von Experimentenmaterial darstellt, so kann man aus demselben mittelst Induktion

und zwar auf ganz ähnliche Weise, wie aus einer Masse von naturwissenschaftlichen Experimenten, allgemeine Sätze socialer Natur gewinnen, welche uns ein bisher unerklärtes Institut oder einen räthselhaften Rechtssatz im Sinne ihrer kulturellen Funktion aufklären. Wenn wir das Ergebniss dieser Induktion auch deduktiv billigen, so ist dasselbe als im hohen Masse civilpolitisch sicher zu betrachten.[1]

Es giebt aber viele Gegensätze zwischen der römischen und der modernen Kultur, sowohl was die Psychologie und insbesondere die Ethik anbetrifft, als auch in Bezug auf die Höhe und Vertheilung des Volksreichthums, Staatsinstitutionen, Entwickelung der Geld- und Kreditwirthschaft, des Handels und der Industrie, des Kommunikationswesens u. dgl. mehr. Daraus nothwendige Folge — häufige Dissonanz des römischrechtlichen empirischen Materials und des Systems von Postulaten der Civilpolitik. Nicht immer und überall wird eine solche Dissonanz vorkommen. Viele Postulate der Civilpolitik beruhen auf so allgemeingültigen psychologischen, ethischen und volkswirthschaftlichen Sätzen, dass sie nicht nur in Rom und jetzt richtig sind, sondern sozusagen ewig und allgemein als civilpolitische Postulate (d. h. wo und solange das decentralisirte auf Eigenthum und Vertrag beruhende System der Volkswirthschaft vorhanden ist) wahr sind. Eine solche Allgemeingültigkeit beanspruchen z. B. u. E. die civilpolitischen Sätze in Bezug auf die Erstattung der nothwendigen Verwendungen, in Bezug auf die Entziehung der fructus percepti bei den Restitutionsansprüchen, sowohl im Falle der Verwaltung, wie im Falle der widerrechtlichen Ausbeutung fremder Erwerbsmittel, in Bezug auf die Beschränkung der zu erstattenden Früchte auf das Reineinkommen, der fr. percipiendi auf die Einkünfte, welche honeste gewonnen werden, in Bezug auf den Ausschluss der mit ökonomischem oder ethischem Makel behafteten Gewinne aus dem Begriffe des lucrum ex re, etc. etc. So lange ein Theil des Volksreichthums nach dem Decentralisationssystem verwaltet wird, bleiben die bezüglichen Sätze ethisch und volkswirthschaftlich richtig, auch wenn die menschliche Psychologie sich sehr erheblich, z. B. in der

1) Beispiele oben passim, besonders aber ist die „Fruchtvertheilung" so abgefasst, dass sie diese Methode klar veranschaulicht. Die sociale Funktion der beiden dort behandelten sehr räthselhaften und bestrittenen Institute wird mittelst der im Texte angegebenen Methode erklärt, wobei die ersten Theile der beiden Abhandlungen der Sammlung des Materials, die zweiten der induktiven Verarbeitung desselben gewidmet sind.

Richtung der Entwickelung des Altruismus verändern würde. So z. B. sind die impensae necessariae begrifflich solche Handlungen, welche ethisch und volkswirthschaftlich zu billigen sind. Der Nichtersatz der nothwendigen Verwendungen würde diese letzteren oft thatsächlich unmöglich machen, auch wenn die Menschen im höchsten Masse opferwillig und altruistisch gesinnt wären; auch wäre es immer vom Standpunkt des Gesetzes der Association der Ideen ethisch bedenklich, den Verwendenden in Folge seiner ethisch und volkswirthschaftlich guten Handlung Schaden leiden zu lassen. Dasselbe psychologische Gesetz verbietet die Belassung an eine Civilpartei von Vortheilen aus ihrer widerrechtlichen Handlung u. s. w. Die Verstösse gegen derartige allgemeingültige civilpolitische Postulate, wie solche z. B. im Entwurf massenhaft zu finden sind, sind daher als absolut und allgemein verderblich und unvernünftig zu bezeichnen.

Uebrigens behaupten wir nicht, dass zwischen solchen absoluten civilpolitischen Postulaten und dem römischen Recht niemals Dissonanzen vorkommen. Es handelt sich nur um eine Präsumtion für die civilpolitische Richtigkeit des römischen Rechtes, welche sich selten als unbegründet erweist. Je mehr wir römischrechtliche Institute und Sätze civilpolitisch verarbeiten, desto mehr wächst unsere Bewunderung für die (unbewusste) sociale Weisheit dieses Rechtes, desto mehr befestigt sich in unserem Geiste die Präsumtion, dass auch die übrigen Theile, welche wir der volkswirthschaftlichen Kritik noch nicht unterworfen haben, ebenfalls grosse civilpolitische Weisheit in sich bergen.[1] Wir stehen nicht an, dies unumwunden auszusprechen, obgleich die Bewunderung des röm. Rechtes in den letzten Jahren vielfach als ein untrügliches Zeichen der geistigen Bornirtheit, der Unfähigkeit, „modern“ und „praktisch“ zu sein, und dgl. angesehen wird. Indessen betrachten auch wir das römische Recht keineswegs als absolut vollkommen. Obgleich wir darin im Wesentlichen ein Produkt der volkswirthschaftlichen Empirik sehen, so ist doch nicht zu leugnen, dass auch die Reflexion der römischen Juristen mitunter von Bedeutung war und dass ihre oft unzulänglichen Ansichten über den Sinn und die Bedeutung von civilrechtlichen Instituten zu verkehrten Entscheidungen führten. So z. B. haben wir gesehen, dass manche

1) Eine entgegengesetzte Präsumtion wird bei uns immer mehr und mehr in Bezug auf den Entwurf durch die parallele Kritik desselben bestärkt.

römische Juristen das Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers durch das Arbeitsprincip erklärten, nämlich dadurch, dass der Besitzer die Früchte durch seine Arbeit verdient hat[1] und dass sie entsprechende civilpolitisch verfehlte Rechtssätze vertreten haben. In diesem Falle hat die unrichtige Anschauung der endgültigen Ausbildung des Institutes nicht geschadet; ihre Konsequenzen sind später empirisch weggewischt worden. Gewiss sind in der Geschichte des römischen Rechtes viele Tausende von unrichtigen Sätzen durch die römischen Juristen aufgestellt und erst allmählich überwunden worden. Das Corpus iuris ist ein Produkt eines langjährigen empirischen Reinigungs- und Sichtungsprozesses.[2] Durch diesen Prozess sind meistens nur die civilpolitisch lebensfähigen Sätze stehen gelassen. Indessen ist a priori wahrscheinlich und thatsächlich richtig, dass auch verkehrte Rechtssätze sich bis zur Kodifikation erhalten haben oder durch die Kodifikatoren neu geschaffen worden sind.

Dann aber ist noch Folgendes zu beachten. Da das römische Recht ein Produkt der unbewussten Volksempirik ist, so weist es neben den guten und für uns sehr werthvollen sich daraus ergebenden Eigenschaften auch negative, gleichfalls sich aus seiner Natur ergebende Erscheinungen auf. Um eine für die Ausbildung eines Rechtssatzes genügende psychische Reaktion in der „Volksseele“ hervorzurufen, müssen die socialen Thatsachen eine gewisse Konstanz, eine gewisse Häufigkeit der Wiederkehr, sowie eine gewisse Empfindlichkeit der Wirkungen für das Volk aufweisen. Wenn die in Folge der Geltung eines mangelhaften oder des Fehlens eines angemessenen Rechtssatzes vorkommenden volkswirthschaftlich oder ethisch pathologischen Erscheinungen nicht epidemisch, sondern nur selten auftreten (z. B. weil der besser zu regelnde Thatbestand selten ist) oder wenn ihre Schädlichkeit sehr wenig empfindlich ist, so entsteht keine genügend „akute Entzündung des Rechtsinstinktes“ (oben S. 116), um die Rechtsveränderung herbeizuführen. Dies ist eine nicht unwichtige, a priori sicher anzunehmende Quelle von Mängeln und Lücken im

1) Fruchtvertheilung § 44.

2) Auch aus dem Entwurfsrechte könnte vielleicht ein sehr vollkommenes Recht werden, wenn man dasselbe einer ähnlichen empirischen Specifikation während einiger Jahrhunderte unterwerfen könnte. Jetzt aber ist die in Rom vorgekommene Art der Rechtsentwickelung ausgeschlossen. Jetzt kann nur eine bewusste und systematische Wissenschaft (Civilpolitik) befriedigende Ergebnisse herbeiführen.

römischen Recht, des Mangels an civilpolitischer Konsequenz, an logischer und ästhetischer Schönheit und Vollkommenheit. Wir haben schon zahlreiche thatsächliche Belege dafür kennen lernen. Wir erinnern z. B. an die Thatsache, dass die auf den gutgläubigen Besitzer angewandte Versicherungspolitik auf den Fall der ungiltigen adrogatio trotz der Gleichheit des Thatbestandes nicht ausgedehnt worden ist, was Papinian sehr richtig so erklärt: „nam frequenter ignorantia liberos emimus, non autem tam facilis frequens adoptio vel adrogatio filiorum est“ (l. 44 pr. D. 41, 3). Desgleichen haben wir für unsere deduktive Theorie des geopferten Einkommens vom stehenden Kapital und von der Arbeit nur ziemlich dürftige empirische Anhaltspunkte im Corpus iuris gefunden; diese Lehren befinden sich dort im embryonalen Zustande. Mehr entwickelt ist die Lehre über das geopferte Einkommen vom umlaufenden Kapital, aber auch hier wird fast ausschliesslich von Verwaltungsverhältnissen und von den Geldverwendungen gesprochen; kurz, der Zustand dieser Lehren in den Quellen veranschaulicht drastisch die Folgen des Mangels an bewusster deduktiver Civilpolitik und des Ersatzes derselben durch die Kraft der psychisch-socialen Reaktionen. Unter Anderem wird es sich im vierten Theile dieses Bandes besonders klar zeigen, wie die civilpolitische Deduktion mit wenigen Schlägen Massen von Lücken, von rationell unbegründeten Unterschieden und Mängeln an civilpolitischer Konsequenz zu beseitigen und an deren Stelle wenige einfache Principien zu setzen geeignet ist. Wozu jetzt Massen von Paragraphen in den Gesetzbüchern, eine Masse von Raum in den Monographien und Lehrbüchern und ein grosser Zeit- und Kraftverlust für die Lehrer und die Schüler nöthig ist, das wird die Civilpolitik in ein Paar allgemeinen und ihre civilpolitische Nothwendigkeit sozusagen selbst erzählenden Sätzen aussprechen. Die Begriffsbestimmungen werden vereinfacht und von überflüssigen Zusätzen, Aufzählungen und unrichtigen Merkmalen befreit (vgl. oben die Begriffe der Früchte, der Zinsen und entsprechende gemeinrechtliche Lehren), die Begriffe werden an Bedeutung auf Kosten von einzelnen Sätzen, die allgemeinen Ideen auf Kosten von „positiven Bestimmungen“ gewinnen. Die Jurisprudenz, welche auf dem Boden eines wissenschaftlich geschaffenen Civilgesetzbuches entstehen wird, wird entsprechend erst recht eine Begriffs- und Principienjurisprudenz sein, wovon die gegenwärtige Jurisprudenz noch sehr weit entfernt ist.

Die Dissonanzen, welche in Folge der beiden oben erwähnten Erscheinungen zwischen der Civilpolitik und dem römischen Rechte bestehen, sind verhältnissmässig leicht zu lösen. Wenn es sich um eine störende Konsequenz aus einer Theorie römischer Juristen in den römischen Quellen handelt, so ist eine kritische Korrektur meistens leicht anzustellen, indem wir uns von der Unzulänglichkeit der betreffenden theoretischen Ansicht überzeugen. Desgleichen kann man meistens leicht diejenigen Dissonanzen aufklären, welche eine Folge aus dem Gegensatz der empirischen Entwickelung des römischen Rechtes und der deduktiven, principiellen Methode der Civilpolitik bilden, indem man im römischen Recht einen Mangel an logischer Konsequenz und zwar eine Bevorzugung der thatsächlich häufigsten oder sonst praktisch wichtigsten und eine Zurücksetzung anderer, sonst civilpolitisch gleicher Thatbestände konstatirt (logische, principielle Korrektur der praktischen Richtung, des Opportunismus des römischen Rechtes).

Wichtiger sind diejenigen Dissonanzen, welche sich aus den Gegensätzen der römischen und der modernen Kultur im obigen (S. 585) Sinne ergeben. Im Gegensatz zu den logischen können wir diese als historische Dissonanzen bezeichnen. Während die logischen Dissonanzen über die Unvollkommenheit des römischen Rechtes und ihre Ursachen erzählen, handelt es sich hier im Gegentheil um eine gute Eigenschaft, um die Vollkommenheit des römischen Civilrechtes, denn jedes Recht ist historisch zu beurtheilen, nach den Zuständen der Kultur, welcher es angepasst ist.

So z. B. können wir bei der Betrachtung römischer Rechtsregeln über die juristischen Personen konstatiren, dass das römische Recht dem Beamtenthum misstraut, dass es über ein tüchtiges und redliches Beamtenpersonal für die Verwaltung und Vertretung der juristischen Personen nicht verfügt. Darum sorgt es eifrig dafür, aus socialpolitischen Gründen juristische Personen nach Möglichkeit vor dem Schaden zu bewahren, welcher aus der Nachlässigkeit oder aus dem unredlichen Verhalten von Gemeindebeamten und dgl. entstehen könnte; es schafft besondere Motive für die Beamten und Dritte, Missbräuche auf Kosten der Gemeinden etc. zu vermeiden. Diese besondere Behandlung musste aber zugleich den Verkehr der juristischen Personen als Privatrechtssubjekte mit anderen Güterstationen erschweren. Jetzt verfügen der Staat, die Gemeinden etc. über gute Beamten und können daher im höheren Masse denselben civilrechtlichen Grundsätzen unterworfen werden,

wie die volljährigen Bürger, welche ihre Interessen mit Einsicht und Eifer vertreten. Im Allgemeinen kann man jetzt in Bezug auf die juristischen Personen mehr Raum dem Princip laisser faire einräumen. Es wäre nun ein ungeschichtlicher und (sonst wissenschaftlich unbegründeter) Schluss, wenn wir in dem römischen Recht den Mangel an Verwirklichung der wahren Natur der juristischen Person erblickten oder wenn wir den römischen juristischen Personen ein anderes begriffliches Wesen als den modernen zuschrieben, die ersten etwa als Fiktionen, die letzten als Organismen ebenso wie die einzelnen Menschen oder dgl. betrachten wollten. Noch eigenthümlicher wäre der Schluss, dass in der römischen rechtlichen Behandlung der juristischen Personen manchesterliche und individualistische Ideen verkörpert sind. Gerade das Gegentheil ist richtig, indem das römische Recht in unserem Gebiete eine entschiedene für die modernen Kulturzustände zu weit gehende Negation dieser Ideen enthält. [1]

Die Mängel des staatlichen Beamten- und Verwaltungsmechanismus erklären uns geschichtlich die act. populares, poenae privatae, viele privatrechtliche Interdikte. Diese (ethisch bedenkliche) Art der Hinzuziehung von Privatpersonen zur Wahrung des allgemeinen Wohls ist jetzt unnöthig.

Ebenso in diesem Gebiete wie bei juristischen Personen kann die gegenwärtige Rechtsordnung mit edlerer Motivation (Pflichtgefühl der zur Erfüllung bezüglicher Funktionen berufenen Personen) operiren und bessere Ergebnisse erzielen, als das römische Recht, welches nothgedrungen auf egoistischen Saiten der Menschenseelen spielte.

Beim Studium der römischen Zinsenlehre schien es uns zunächst unmöglich, für unsere deduktiven Erwartungen eine empirische Bestätigung in den römischen Quellen zu finden. Es war zwar leicht zu erkennen, dass die Quellen etwas ganz Anderes über die Zinsen lehren, als die gemeinrechtliche Theorie und zwar, dass sie zum grossen Theil mit den bezüglichen civilpolitischen Deduktionen übereinstimmen. Indessen schienen die oben im § 18 angeführten Stellen unlösbare Schwierigkeiten zu bieten. Aus der Zusammenstellung der bezüglichen unseren Deduktionen widersprechenden

1) Aus ähnlichen geschichtlichen Gründen erklären sich manche eigenthümliche Regeln des römischen Rechtes über die Vormundschaft; auch diese können jetzt wegfallen.

Vorschriften und ihrer induktiven Verarbeitung hat sich aber endlich ergeben, dass es sich nur um eine geschichtliche Dissonanz, um den Gegensatz der römischen und der modernen Kreditzustände handelt, dass das römische Recht auch in diesen Vorschriften sachgemäss und mit der Civilpolitik im Einklang ist, so dass unsere Theorie eine volle empirische Bestätigung in den römischen Quellen aufweist.

Da einzelne Theile des Civilrechtsmechanismus zu einander passen müssen, durch einander bedingt sind, so ist zu beachten, ob eine Inkongruenz zwischen civilpolitischen Postulaten und den bezüglichen römischen Instituten sich nicht durch die eigenthümliche Struktur anderer (anscheinend unbetheiligter) römischer Institute erklärt. Der Handel hat in Rom nicht so intensiv seine besondere Natur als specielles Rechtsverkehrsgebiet geltend gemacht, um einen nennenswerthen Dualismus im Rechte (Handelsrecht — bürgerliches Recht) hervorzurufen (vgl. oben S. 26). Es ist aber a priori wahrscheinlich, dass das römische bürgerliche Recht, da es gleichzeitig dem bürgerlichen und dem Handelsverkehr dienen musste, Deviationen zu Gunsten des Handels aufweist (vgl. oben eod.) und daher in Widerspruch zu der eine grundsätzliche Scheidung der beiden Rechtsgebiete fordernden Civilpolitik (oben S. 551 fg.) tritt. Es wäre von hohem Interesse, solche Deviationen zu entdecken und das bürgerliche Recht davon nach Möglichkeit zu reinigen.

Der Gegensatz in der Behandlung der Früchte im Niessbrauchs- und im Dotalrecht erklärt sich durch römische Principien der Ehescheidung [1] etc. etc.

Nach dem oben Ausgeführten ist der Gebrauch des römischen Rechtes für die empirische Prüfung von civilpolitischen Deduktionen ein komplicirtes wissenschaftliches Verfahren, indem es keine einfache Zusammenstellung zulässt, sondern vielmehr logische und geschichtliche Korrektur des römischen Rechtes voraussetzt. Darum würde man vielleicht sagen, dass für die Zwecke der Civilpolitik das gemeine Recht resp. die gemeinrechtliche Doktrin sich besser eigne, als das eigentliche römische Recht, weil die erstere eben ein Produkt des langjährigen Prozesses der Anpassung des römischen Rechtes an die neuen Bedürfnisse bilde: die gemeinrechtliche

1) Fruchtvertheilung §§ 15, 16; Dernburg III § 22 sub 2; Oertmann, Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart XX S. 577, 578.

Doktrin stelle das geschichtlich korrigirte römische Recht dar; sie sei ausserdem denjenigen Civilpolitikern, welche keine Romanisten oder gar keine Juristen von Fach seien, leicht zugänglich, während die römischen Quellen ihnen grosse technische Schwierigkeiten bieten. Darauf ist zu sagen:

Es kann nicht geleugnet werden, dass diese Bemerkungen zum Theil stichhaltig sind. Es ist zum Theil richtig, dass die gemeinrechtliche Doktrin das geschichtlich korrigirte römische Recht enthält. Besonders die Glossatoren haben viele geschichtliche Eigenthümlichkeiten des römischen Rechtes eliminirt. Bei der Reception des römischen Rechtes ist sozusagen mit einem Schlag eine Masse von solchen Eliminationen ausgeführt worden. Auch später wird dieser Prozess zwar mehr in homöopathischen Dosen, aber ununterbrochen fortgesetzt. Noch mehr ist der unschätzbare Werth der gemeinrechtlichen Doktrin in Bezug auf die rechtswissenschaftliche Verarbeitung des Quellenmaterials, in Bezug auf die Interpretation der Quellen, die juristische Konstruktion und die systematische Darstellung, anzuerkennen. Wie viel Arbeitskraft und Scharfsinn hat man seit Jahrhunderten darauf verwendet, den Sinn der Quellen zu erkennen, aus einer Masse von Entscheidungen allgemeine Rechtsprincipien, Begriffe und Institute zu gewinnen, Alles logisch und systematisch zu ordnen! Diese grossartige Arbeit des menschlichen Genies hat eine Masse von rohem ungeordnetem Material zum grossen Theil dem Ideal einer Begriffs- und Principienwissenschaft genähert, d. h. erst eine wahre Wissenschaft geschaffen, und diese rechtswissenschaftliche Errungenschaft ist nicht nur an sich, sondern auch für die Civilpolitik vom höchsten Werth.

Indessen ist auch nicht zu verkennen, dass die gemeinrechtliche Doktrin immer besondere praktische Aufgaben, welche von denen der Civilpolitik verschieden sind, verfolgte, sich besonderen, aus ihrer Natur sich ergebenden Beschränkungen, welche die Civilpolitik nicht kennt, fügen musste und über besondere Erkenntnissmittel der Civilpolitik nicht verfügte. Daraus folgen viele wesentlichen Mängel, welche für die Civilpolitik ein sehr vorsichtiges und skeptisches Verhalten der gemeinrechtlichen Doktrin gegenüber begründen.

Für die gemeinrechtliche Doktrin bildete und bildet das römische Recht eben das geltende positive Recht, welches den Bedürfnissen der Rechtspraxis gemäss zu bearbeiten ist; für die

Civilpolitik ist das römische Recht nur ein Objekt der wissenschaftlichen Erkenntniss, bei welcher sie durch keine unmittelbaren praktischen Zwecke befangen ist. Dadurch behaupten wir indirekt und stehen nicht an, ausdrücklich auszusprechen, dass die gemeinrechtliche Jurisprudenz bei der Erkenntniss des römischen Rechtes durch ihre Befangenheit gestört war und wird. Bei der Interpretation handelte es sich meistens nicht sowohl um rein wissenschaftliche Erkenntnisszwecke, als vielmehr um die Gewinnung von Rechtsregeln, welche von den Gerichten anzuwenden sind. Darum ein besonderes praktisches Verantwortlichkeitsgefühl, darum eine mehr oder weniger bewusste oder unbewusste Tendenz, den Quellen vor Allem das zu entnehmen, was dem Juristen als billig, zweckmässig etc. erscheint. Schon in den durch die communis opinio traditionell gehandhabten Interpretationsregeln (extensive, restriktive Interpretation, Natur der Sache, Analogie, Vereinigung von Widersprüchen etc.) liegt vielfach eine wichtige Quelle der Verzerrung der Wahrheit im Sinne der rein wissenschaftlichen Erkenntniss des Rechtes. Diese Regeln handeln vielfach nicht sowohl darüber, wie der w a h r e Inhalt der Quellen zu entdecken, als vielmehr, wie ein p r a k t i s c h s a c h g e m ä s s e r Sinn zu erfinden ist. Thatsächlich wird aber in diesem Sinne viel mehr geleistet, als die anerkannten Interpretationsregeln vorschreiben. Wenn der Wortlaut der Stelle dem Rechtsgefühl, dem praktischen Takte des Juristen widerspricht, so werden alle möglichen Kunstgriffe angewendet, um nachzuweisen, dass die Stelle das, was sie auszusprechen scheint, in Wahrheit nicht aussprechen will, dass darin ein entgegengesetzter oder sonst ein anderer Satz (welchen das Rechtsgefühl fordert) steckt u. s. w. Eine noch grössere Willkür herrscht bei der Gewinnung von Schlüssen aus Komplexen von Quellenstellen; man beachte unter Anderem, welche Dienste der Ausdruck „innere Gründe“ der Jurisprudenz besonders in den Fällen leistet, wo man in Bezug auf die Auffindung einer wissenschaftlichen Begründung, eines präcisen Arguments in Verlegenheit ist. Wenn eine auf Umdeutung der Quellen, auf der künstlichen Unterdrückung und Weginterpretation unbequemer Stellen beruhende Theorie dem Rechtsgefühl der Jurisprudenz entspricht, so bemerkt man vielfach einen eigenthümlichen tacitus consensus unter den Juristen, wonach eine solche Interpretation nicht anzugreifen ist. Wenn dagegen eine Theorie auf einer unbefangenen, wahrheitsgetreuen Quelleninterpretation beruht, den Juristen aber

vom Standpunkt des praktischen Taktes oder des Billigkeitsgefühls missfällt, so entwickelt sich eine Kontroverse, indem man nach Mitteln sucht, die unangenehme Theorie umzustürzen und nachzuweisen, dass die Quellen eigentlich etwas Anderes, nämlich dasjenige, was man als billig oder praktisch betrachtet, enthalten. Es gehört nicht in diesen Zusammenhang, die Frage genauer zu prüfen, wie diese jedenfalls vom ästhetischen Standpunkt nicht besonders anmuthende, mehr oder weniger bewusste oder unbewusste Hypokrisie ethisch zu beurtheilen ist.[1] Wir konstatiren hier nur die Thatsache und zwar auch der geschichtlichen Schule gegenüber. Zwischen der geschichtlichen und anderen Schulen ist in dieser Hinsicht höchstens ein quantitativer, nicht aber ein qualitativer Unterschied zu finden. Auch Savigny z. B. hat entschlossen und scharfsinnig einen praktisch erträglichen Sinn in die „anscheinend“ widersprechenden Quellen hineinzulegen gewusst. Wir

1) Wir glauben jedenfalls, dass die in der Civilrechtswissenschaft traditionell gewordene Art der Interpretation sich nicht aus der Natur dieser Wissenschaft, sondern nur aus dem Fehlen der Civilpolitik und der Folge davon, des mangelhaften Zustandes der positiven Civilrechte, ergiebt. Indem man die Rechtsquellen umdeutet, wählt man das geringere Uebel und darnach ist dieses Betragen ethisch zu beurtheilen. Der angedeutete Liberalismus der Wahrheit gegenüber führt aber andere psychologisch nothwendige üble Folgen herbei. Er wird zur Gewohnheit und auch dort angewendet, wo er keineswegs ein malum necessarium ist, wo es sich z. B. nach der Natur der Frage nur um die Feststellung der geschichtlichen, die Rechtspraxis nicht berührenden Wahrheit oder nur um rein theoretische Probleme handelt. Ja, wir sind geneigt anzunehmen, dass auch die wirklich aus praktischen Rücksichten vorkommende Willkür bei der Quelleninterpretation in der Geschichte des gemeinen Rechtes mehr Schaden als praktischen Nutzen gestiftet hat. Es ist das Verhängniss vieler opportunistischer Recepte, insbesondere der Maxime: der Zweck rechtfertigt die Mittel, dass sie auch ihren Zweck nicht erreichen oder mehr Schaden als Nutzen stiften. So auch in unserem Falle. Da man sehr bequeme Mittel hat, um entstehende Schwierigkeiten zu lösen, so befreit man sich vielfach dadurch von der genaueren Erforschung der Wahrheit, welche vielleicht auch civilpolitisch viel besser ist, als dasjenige, was man ohne ein genügend tiefes Verständniss willkürlich in die Quelle hineininterpretirt; es handelt sich um ein narkotisches Mittel, welches die wissenschaftliche Aufmerksamkeit einschläfert, welches Oberflächlichkeit und Irrthümer begünstigt. Die „Fruchtvertheilung“ und die „Lehre vom Einkommen“ gewähren eine ununterbrochene Reihe von schlagenden Illustrationen dazu. Auch wenn die Civilpolitik eine sachgemässe Reform der geltenden Civilrechte zu bewirken nicht vermöchte, so wäre ihre Bedeutung schon in dem Sinne sehr hoch zu veranschlagen, dass sie der schädlichen Umdeutung der Quellen vorbeugen und eine unbefangenere Revision des Sinnes derselben veranlassen würde. Ausserdem ist die Frage aufzuwerfen, ob es nicht ein civilpolitisch geringeres Uebel ist, wenn manche in den Quellen steckende, praktisch schädliche Sätze ihrem Sinne nach angewendet werden, als wenn im Volke ein Misstrauen dem Rechte und der Jurisprudenz gegenüber entsteht, indem sich die Ansicht verbreitet, dass die Juristen die Gesetze nach Willkür umdeuten.

erinnern z. B. an die oben berührten Lehren von Savigny über die Zinsenpflicht des Erbschaftsbesitzers (wo die Quellen einer nicht besonders rücksichtsvollen Operation vom Standpunkt seiner Ansichten über die „Grenzen verständiger Vermögensverwaltung“ unterworfen werden, vgl. oben S. 191), über die fructus percipiendi (oben S. 64 N. 3), über die Verzugsfrüchte und den anscheinenden Widerspruch von drei Quellenstellen (oben S. 92 fg.), über die Beschränkung der gesetzlichen Zinsenpflicht auf die Geldschulden, den praktischen Grund des Princips und den anscheinenden Widerspruch der l. 3 § 4 D. de usuris 22, 1 (oben S. 125 und S. 229 Note). Wenn der Begründer der geschichtlichen Schule so liberal den Quellen gegenüber ist, wie können wir uns wundern, dass Ihering z. B. im Hinblick auf die Entscheidung des Paulus über den doppelten Verkauf einer Sache ausruft: „Der Widerspruch, in den dieses Resultat mit den einfachsten Anforderungen des Rechtsgefühls tritt, liegt auf der Hand“, und dass er einen entsprechenden Vorschlag macht, um den nach seiner Ansicht tadelnswerthen Sinn der Stelle durch einen anderen zu ersetzen (vgl. oben S. 207), oder dass er den Widerspruch der l. 25 C. de usuris gegen die herrschende Zinsenlehre durch den Ersatz des Wortes „veste“ durch das Wort „recte“ beseitigt (oben S. 285) und in einer anderen Stelle das Wort „vestimenta“ durch das Wort „esculenta“ ersetzt und dgl.?

Kurz, das Recht der gemeinrechtlichen Doktrin und der römischen Quellen sind zwei verschiedene Dinge. Von dem „empirischen Material“ der römischen Volkswirthschaft im obigen Sinne sind die modernen Pandekten sehr verschieden. Wir können aber auch nicht zugeben, dass die gemeinrechtliche Doktrin ein empirisches Material der gegenwärtigen Volkswirthschaft darstelle. Die wichtigsten Gründe sind folgende:

a. Aus derselben praktischen Aufgabe der gemeinrechtlichen Doktrin, welche zu dem oben angedeuteten Liberalismus den Quellen gegenüber führt, ergiebt sich zugleich auch eine Beschränkung dieser Freiheit. Die Juristen konnten sich nur bis zu einem gewissen Grade von den Quellen unabhängig machen und ihrem Rechtsgefühl, ihrem praktischen Takte u. s. w. freien Lauf lassen. Wenn man sich hier keinem Zwang fügen wollte, müsste eine juristische Anarchie eintreten, und die Tage des gemeinen römischen Rechts und der gemeinrechtlichen Doktrin wären gezählt. Wenn man in den Gründen für Abweichungen von den

Quellen nicht immer wählerisch war, so musste man doch immer für einen Vorwand für solche Abweichungen sorgen. Auch wenn man die Stelle umdeutet oder sogar ihre Worte umstellt oder durch andere Worte ersetzt, so stützt man sich doch (äusserlich) im Allgemeinen auf die Quellen. Diese Notwendigkeit und Tendenz, eine mindestens äussere juristische Korrektheit und Achtung für die Quellen zu wahren, macht aber eine vollständige und konsequente Anpassung der Doktrin an das moderne Rechtsbewusstsein unmöglich. In vielen Fällen kann man einen Vorwand für den Ersatz des Sinnes der Quellen durch eigene Ansicht herausfinden, in vielen anderen Fällen aber nicht. So z. B. konnte man den Satz „dies interpellat pro homine“ durch eine entsprechende „Interpretation“ der Quellen zum Bestandtheil der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis machen, in Bezug auf das Rücktrittsrecht im Falle des Verzuges war dies aber unerreichbar. Auf diese Weise hing die „Anpassung“ immer von verschiedenen Zufälligkeiten oft ganz äusserer Natur ab, z. B. von der Anzahl der Quellenstellen, welche einen Satz stützen, von der Klarheit dieser Stellen, von dem Temperamente des monographischen Bearbeiters der betreffenden Lehre, auch von ganz zufälligen Irrthümern und Missverständnissen bei der Interpretation, indem auch diese sehr oft als ein positiver Faktor der Entwickelung der gemeinrechtlichen Doktrin fungirt haben. Die „Anpassung“ war der Natur der gemeinrechtlichen Doktrin gemäss ein negotium claudicans. Auch hier sind wir sehr weit davon entfernt, irgend Jemandem einen Vorwurf zu machen. Im Gegentheil, wir erkennen vollkommen an und betonen ausdrücklich, dass es sich sozusagen um eine Naturnothwendigkeit, um eine nothwendige Folge der Zwangslage und der praktischen Aufgabe der gemeinrechtlichen Doktrin handelt. Desgleichen betrachten wir als eine natürliche Erscheinung die Thatsache, dass schon die Art und Weise der Reception des römischen Rechtes dieses zu dauernder Geltung in einer hinkenden und verzerrten Gestalt verurtheilt haben, indem man viele Anachronismen endgültig zum gemeinen Recht gemacht oder zwar manche Sätze und Institute über Bord geworfen, Konsequenzen davon aber beibehalten oder die entstandenen Lücken auszufüllen versäumt hat. Das oben angeführte Beispiel, wie man gründlich das römische Recht bei der Reception verdorben hat, weil die stipulatio-promissio nicht recipirt werden konnte, ist keineswegs eine vereinzelte Erscheinung dieser Art. Schon aus diesen Gründen müssen wir den

von uns oben hypothetisch aufgestellten Satz, wonach das gegenwärtige gemeine Recht ein empirisches Material der gegenwärtigen Volkswirthschaft sei, als geradezu naiv bezeichnen. Das gegenwärtige gemeine Recht ist vielmehr ein mixtum compositum von heterogenen Elementen, welches weder der römischen noch der modernen Kultur adäquat ist.

b. Bisher haben wir vorausgesetzt, dass die Specification des römischen Rechtes durch die gemeinrechtliche Doktrin, die Abweichungen des gemeinen vom reinen römischen Rechte, wo diese möglich und thatsächlich erreicht waren, eine Anpassung an die neuen volkswirthschaftlichen Bedürfnisse und darum einen Fortschritt bedeuten. Aber auch dieser Voraussetzung Glauben zu schenken sind wir nicht im Stande. Wir geben zu, dass schon die Reception viel Unbrauchbares ausgeschieden hat; wir geben ferner zu, dass die spätere Jurisprudenz Grossartiges im Sinne der Erkenntniss des wahren Sinnes der Quellen geleistet hat und dass dies einen höchst wichtigen Fortschritt bedeutet; hier handelt es sich aber nicht um die Abweichung, sondern vielmehr um die Annäherung zu dem reinen römischen Recht. Was darüber hinaus ist, dem gegenüber können wir uns im Allgemeinen einem gewissen Skepticismus nicht erwehren, obgleich wir schon a priori erwarten, dass einzelne von der Jurisprudenz aus der Zeit nach der Reception bis auf den heutigen Tag bewirkten Abweichungen einen gelungenen Ausdruck neuer Bedürfnisse bedeuten. Unsere Gründe können wir hier nur kurz andeuten:

Eine sachgemässe Specifikation des römischen Rechtes wäre auf einem doppelten Wege denkbar, nämlich mittelst einer wissenschaftlich-bewussten oder mittelst einer unbewussten Rechtsentwickelung. (Nebenbei sei hier bemerkt, dass im ersteren Falle die gemeinrechtliche Doktrin von vornherein keinen besonderen Werth im Sinne des „empirischen Materials“ für die Civilpolitik hätte; über den Grund vgl. oben S. 584). Indessen konnte von der wissenschaftlich-bewussten Entwickelung des gemeinen Rechtes besonders in den verflossenen Jahrhunderten im Allgemeinen keine Rede sein, weil man keine Stütze in der politischen Oekonomie finden konnte. Aber auch nach der Entstehung der politischen Oekonomie hat man das römische Recht einer volkswirthschaftlichen Erkenntniss und Kritik nicht unterworfen, was, wie oben angedeutet, desto natürlicher ist, als derjenige Theil der Nationalökonomie, welcher der Kritik und der Verbesserung des Civil-

rechtes zu Gute kommen könnte, noch jetzt fehlt, als auch die gegenwärtige Nationalökonomie, ohne das genauere Studium des Civilrechtes sich mit dessen allgemeinsten Grundsätzen befasst, welche (wie z. B. Privateigenthum, freie Konkurrenz) für die gemeinrechtliche Doktrin als unabänderliche und unersetzliche Principien gelten müssen. Die romanistische Jurisprudenz konnte nur die „juristischen Einzelnheiten" vervollkommnen, nicht aber z. B. den Vertrag, das Eigenthum, das Erbrecht wegschaffen und durch etwas Anderes ersetzen. Auch die genaueste Vertrautheit der gemeinrechtlichen Juristen mit den Fortschritten der politischen Oekonomie könnte daher der praktischen gemeinrechtlichen Jurisprudenz keinen nennenswerthen Nutzen versprechen. Viel fruchtbarer erschien das Studium der Quellen, als die Beschäftigung mit den allgemeinen, für den gemeinrechtlichen Juristen praktisch kaum verwerthbaren Spekulationen der politischen Oekonomie.

Aber auch für die sachgemässe unbewusste Anpassung des römischen Rechtes an die neuen volkswirthschaftlichen Zustände wären viele Voraussetzungen nothwendig, welche u. E. in der Geschichte des gemeinen Rechtes fehlten. Der Rechtsinstinkt der gemeinrechtlichen Juristen kann keineswegs als ein natürliches und naives Produkt der volkswirthschaftlichen Erfahrung angesehen werden. Den römischen sind die mittelalterlichen und die modernen Juristen in dieser Hinsicht nicht gleichzustellen. Anstatt einer eingehenden Begründung machen wir darauf aufmerksam, wie verschieden z. B. jetzt das Rechtsgefühl eines Romanisten von dem eines Germanisten ist. Welches ist das richtige im Sinne eines Ausdruckes der unbewussten volkswirthschaftlichen Weisheit, im Sinne der Volksempirik? Der genannte Gegensatz ist eine höchst symptomatische Erscheinung. Das Rechtsgefühl der modernen Civilisten ist ein sehr künstliches Produkt. Durch das Studium des Rechtes einer verflossenen Kulturepoche werden uns vielfach anachronistische Rechtsanschauungen eingeimpft. Desgleichen wird unser Rechtsinstinkt durch verschiedene gelernte theoretische Dogmen modificirt und bestimmt, obgleich diese Dogmen mitunter auf zufälligen Irrthümern beruhen. Kurz, unser Rechtsinstinkt ist ebenso ein künstliches mixtum compositum wie die geltenden Civilrechte. Kein moderner gelehrter Jurist darf behaupten, dass sein Rechtsinstinkt den Ausdruck des gegenwärtigen Rechtsbewusstseins des Volkes bildet. Dies gilt auch für die älteren gemeinrechtlichen Juristen. Nur kommt in Bezug auf die

neueste Zeit noch die Erwägung hinzu, dass jetzt überhaupt von einem einheitlichen Rechtsbewusstsein des Volkes keine Rede sein kann. In unserer Zeit der Kulturkrisis herrschen eine solche Desorganisation des Rechtsbewusstseins, solche Gegensätze in den Anschauungen über das Gerechte und Ungerechte und zwar gerade im Gebiete der Gütervertheilung und ihrer Grundsätze, dass man wahrlich blind sein muss, um mit dem „im Volke lebenden Rechtsbewusstsein", mit dem „modernen Rechtsgefühl" etc. als mit einem überall zur Verfügung stehenden Argument zu operiren. Besonders bei der Kritik des ersten Entwurfes hat man auf diese Weise auf Schritt und Tritt die Rechnung ohne den Wirth gemacht.

Inwiefern das Rechtsbewusstsein eines modernen gelehrten Juristen durch seine rechtsgeschichtliche und rechtsdogmatische Erudition nicht specificirt und befangen ist, kann es höchstens als das Rechtsbewusstsein der höheren Volksklasse, zu welcher der Gelehrte gehört, betrachtet werden. Die oben kritisirten Entscheidungen des Verfassers des Entwurfes aus Billigkeitsrücksichten erscheinen uns von diesem Standpunkt aus sehr erklärlich. Wenn man selbst gut situirt ist, seine Rechtspflichten immer pünktlich zu erfüllen im Stande ist, ein genügendes Verständniss des Rechtes und der eigenen Interessen besitzt, und andererseits aus einem Gesetze für sich auf eine unredliche und eigennützige Weise Kapital zu schlagen unfähig ist, so ist es sehr natürlich, wenn man unwillkürlich, instinktiv vom Standpunkt einer solchen ökonomisch, ethisch und intellektuell soliden Civilrechtspartei Gesetze beurtheilt (auch wenn man den besten Willen hat, die schwächeren Elemente gerecht und möglichst günstig zu behandeln und diesem besten allgemeinen Willen auch die allgemeinen theoretischen Anschauungen über die Aufgabe der Kodifikation entsprechen). Wenn das Volk nur aus solchen Elementen bestände, dann wären freilich das Rücktrittsrecht, dies interpellat etc. ungefährlich. Im Allgemeinen könnte man dann viele Vorsichtsmassregeln und lästige Formalitäten des römischen Rechtes über Bord werfen.

Wenn wir nun zur Geschichte des gemeinen Rechtes zurückkehren, so können wir hier ganz dieselbe Erscheinung beobachten, wie bei der im zweiten Entwurfe vorgeschlagenen Reform des römischen Obligationenrechtes. Diese Reform kann als ein Abschluss der

geschichtlichen Entwickelung der gemeinrechtlichen Doktrin in diesem Sinne bezeichnet werden, obgleich es sich dabei gerade um die Verleugnung der „romanistischen Schablone“ handelt. Die unbewusste Tendenz ist dieselbe, nur hat man mit einmal viel gründlichere „Verbesserungen“ des römischen Rechtes bewirkt, als dies die gemeinrechtliche (durch die Quellen beengte) Doktrin während eines Jahrhunderts zu thun vermocht hätte. Es wäre an dieser Stelle unmöglich, alle Abweichungen der gemeinrechtlichen Doktrin vom reinen römischen Rechte, welche diese Tendenz bezeugen, aufzuzählen. Es wäre ein dankbares und in jeder Hinsicht höchst werthvolles Thema für eine Monographie. Hier erinnern wir nur z. B. daran, welch' eine kräftige unbewusste und versteckte oder offene Opposition die gemeinrechtliche Doktrin dem Codex Justinianeus und besonders der darin vertretenen Tendenz der Milderung des Schuldenrechtes und der Beseitigung der im Gebiete des Obligationenrechtes möglichen ausbeuterischen machinationes gegenüber aufweist.[1] Aber auch bei der gemeinrechtlichen Interpretation der Digesten bemerkt man gleichfalls die privatwirthschaftliche praktische Weisheit und den Rechtsinstinkt einer wohlhabenden und soliden Civilrechtspartei. Durch diese Richtung des Rechtsinstinktes ist auch zum grossen Theil die Tendenz der gemeinrechtlichen Doktrin zu erklären, nach Möglichkeit handelsrechtliche Bestimmungen zum Bestandtheil des gemeinen Rechtes zu machen. Selbstverständlich schreiben wir weder den älteren noch den modernen Pandektenjuristen böse Absichten zu; das wäre im höchsten Masse ungerecht und unbegründet; man war selbstverständlich durch den besten Willen geleitet, dem gemeinen Wohl und der wahren Gerechtigkeit nach Kräften zu dienen.

c. Wir haben oben betont, dass die gemeinrechtliche Doktrin Grossartiges im Sinne der Erkenntniss, der wissenschaftlichen Verarbeitung und Darstellung des Inhaltes der Quellen geleistet hat. Es ist nun die Meinung verbreitet, dass das Corpus iuris als Quelle derartiger Forschungen im Wesentlichen erschöpft ist, dass jedenfalls grössere, epochemachende, etwa die Gestalt ganzer Lehren ändernde Entdeckungen nicht zu erwarten sind, dass man höchstens

1) Uebrigens ist es richtig, dass die kaiserliche Gesetzgebung manche ungeschickte Gesetze geschaffen oder das frühere Recht ohne ein genügendes Verständniss desselben geändert hat (ein Beispiel, Fruchtvertheilung S. 193, vgl. auch oben S. 587).

nur sozusagen mikroskopische Ausbeute dort findet. In der That scheint es unglaublich zu sein, dass man im Corpus iuris neue wissenschaftliche Entdeckungen im grösseren Massstabe machen könnte, nachdem dieses Buch der Weisheit während vieler Jahrhunderte ununterbrochen von einer Menge von scharfsinnigen Gelehrten nach allen Richtungen durchforscht wurde. Wie viele Interpreten hat jede Stelle, wie viele Bearbeiter jede Materie gefunden! Ueber jede Kontroverse, über jede zweifelhafte Frage scheint man alles Denkbare ausgesprochen zu haben. Wenn man scherzweise eine anscheinend neue, wenig wahrscheinliche Erklärung einer zweifelhaften Stelle oder theoretischen Frage aufstellt und nachher in der bezüglichen Literatur nachsucht, so kann man fast mit Sicherheit erwarten, dass man Vorgänger finden wird und dass noch unglaublichere Erklärungen schon aufgestellt worden sind. Bei jeder Kontroverse kann man nach Dutzenden Vertreter von beiden entgegengesetzten Meinungen und verschiedenen mediae sententiae zählen. Wahrlich bedauernswerth sind darum diejenigen, welche Doktordissertationen oder dgl. schreiben müssen und sich für verpflichtet halten, etwas Neues zu sagen. Natürliche Folge eines solchen Zustandes ist die kompilatorische oder mikroskopische Richtung oder gar die Ausartung der Pandektenliteratur. Wenn alle nahe liegenden und wahrscheinlichen Meinungen und Erklärungen in der zu untersuchenden Frage schon aufgestellt worden sind, so führt das Streben nach der Originalität oft zur Aufstellung von spitzfindigen und unglaublichen „neuen“ Meinungen, zur Missachtung des gesunden Verstandes und der Regeln der Logik, oder zur willkürlichen Behandlung der Quellen, zur gewaltsamen Anpassung derselben an die neue Meinung durch verschiedene Mittel und Mittelchen, deren in der neuen Zeit so viele im Umlauf sind und mitunter als echte Münzen tacitu consensu hingenommen werden. Darum auch vermeiden viele Romanisten von Fach rein romanistische Untersuchungen und suchen nach neuen Rechtsgedanken nicht in den römischen Quellen, sondern in der gerichtlichen Praxis, in den neuen durch das römische Recht nicht geregelten Instituten, im Handelsrecht u. s. w.; man arbeitet dabei eigentlich mehr unmittelbar für praktische Zwecke, für die gerichtliche Praxis, ohne höhere wissenschaftliche Zwecke zu verfolgen; das rein wissenschaftliche Interesse für den Romanismus erlahmt; man soll vor Allem „praktisch“ und „modern“ sein und das beste Recept dazu ist, für die vertretenen Rechtsgedanken nach Möglich-

keit nicht das Corpus iuris, sondern irgend etwas Anderes als Rechtsquelle zu behandeln.

Darnach scheint der eigentliche Romanismus an Altersschwäche zu leiden und man hört das Grabgeläute. Oder bezeugen die angedeuteten Symptome keine endgültige Dekadenz, sondern nur eine vorübergehende Krisis? Wir sind fest überzeugt, dass dieses zweite Glied des Dilemmas richtig ist. Das Corpus iuris ist als Quelle für fruchtbare wissenschaftliche Forschung keineswegs erschöpft; um reiche und schöne wissenschaftliche Ausbeute zu finden, sind nur neue Werkzeuge zu gebrauchen. Die Erschöpfung bezieht sich nicht auf das Arbeitsfeld, sondern nur auf die Art und Weise seiner Bebauung. Auch die eventuelle Einführung eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches wird die Wiederbelebung des wissenschaftlichen Interesses für den Romanismus nicht hindern. Im Gegentheil, davon ist vielmehr ein wichtiger Nutzen für die romanistische Wissenschaft zu erwarten. Dadurch werden die Romanisten von der dunklen Brille der praktischen Jurisprudenz befreit und sie werden desto freier und unbefangener die wissenschaftliche Wahrheit erkennen. Das volkswirthschaftliche Studium des Corpus iuris und die Entwickelung der Civilpolitik werden aber ein neues mächtiges Licht auf den Inhalt der römischen Quellen werfen, welches zeigen wird, dass die moderne gemeinrechtliche Doktrin sich noch sehr weit von der Wahrheit befindet, indem man Vieles künstlich verdunkelt, Vieles von hohem Werth noch nicht bemerkt hat. Viele solche Fragen, welche die romanistische Wissenschaft seit Jahrhunderten quälen, an deren Lösung die Bemühungen vieler genialer Männer gescheitert sind, werden mit der Entwickelung der Civilpolitik leicht, einfach und sicher wissenschaftlich erledigt werden, ohne dass dazu ein besonderer Scharfsinn des Forschers nöthig wäre: was ein Genie nicht erreicht, das gelingt dem einfachen durchschnittlichen Verstand, wenn er über bessere Werkzeuge der Forschung verfügt. Es werden aber andere Fragen auf den Plan treten, welche man jetzt als sehr einfach betrachtet oder ignorirt; das wissenschaftliche Interesse wird sich um Sätze und Institute koncentriren, bei welchen man jetzt „nichts Besonderes" findet. Eine solche Verschiebung des centrum gravitandi der romanistischen Wissenschaft muss schon darum eintreten, weil der Sinn und die Bedeutung der Erkenntniss des römischen Rechtes sich ändern werden. Anstatt dabei wie jetzt an die Gerichtspraxis zu denken, wird man vor sich Probleme der Kulturgeschichte

und des zukünftigen Fortschrittes der menschlichen Seele haben. Die geschichtliche Darstellung des römischen Rechtes wird dessen Entwickelung als Kulturfaktor und Kulturprodukt verfolgen. Eine solche Darstellung ist als Selbstzweck vom höchsten Interesse und wird gleichzeitig für die Civilpolitik höchst lehrreich sein. Aber auch die systematische Darstellung des römischen Rechtes auf der Höhe seiner Entwickelung ist unentbehrlich. Freilich handelt es sich nicht um das Pandektensystem, welches für die Zwecke der praktischen Jurisprudenz höchst gelungen sein mag, welches aber mit dieser praktischen Aufgabe steht und fällt. Es muss ein Mechanismus der decentralisirten Volkswirthschaftsverwaltung dargestellt werden; und wiederum handelt es sich um das Recht als Kulturfaktor und Kulturprodukt, so dass wir klar den Zusammenhang desselben mit der Kultur sehen und bei dessen Benutzung für die Civilpolitik als empirisches Material das wo und wie der geschichtlichen Korrektur sehen können.

Die obigen Bemerkungen ergeben u. E. genügende Gründe, warum für die Kontrolle der deduktiven Politik eine unmittelbare Heranziehung der römischen Quellen unentbehrlich ist und warum die gemeinrechtliche Doktrin als ein genügender Ersatz dafür keineswegs behandelt werden kann.[1] A fortiori gilt dasselbe von den neueren bürgerlichen Gesetzbüchern. Diese bilden vielfach noch mehr ein mixtum compositum von heterogenen Elementen, von Splittern aus verschiedenen Kulturepochen, von Irrthümern und Missverständnissen verschiedener Art, unter anderen auch von solchen, welche die spätere bessere Erkenntniss der römischen Quellen überwunden hat, welche aber in diesen Gesetzbüchern als Gesetze fixirt sind. Lieber das Original als schlechte Kopien! Lieber die gemeinrechtliche Doktrin als die modernen bürgerlichen Gesetzbücher; a fortiori lieber das einheitliche römische Recht (unter Vorbehalt sachgemässer geschichtlicher Korrektur), als die modernen Gesetzbücher, welche unzählige Arten von Korrekturen erfordern!

Was andere Gewohnheitsrechte ausser dem römischen anbetrifft, so könnten davon nur solche als empirisches Material für die Kontrole des Systems von civilpolitischen Deduktionen mit Erfolg

1) Selbstverständlich wird darum die schon durch die Pandektendoktrin und die römische Rechtsgeschichte erreichte Kenntniss des römischen Rechtes für die zukünftige romanistische Wissenschaft nicht verloren gehen, sondern für ihre Zwecke mit Dankbarkeit benutzt werden.

benutzt werden, welche einerseits einen gewissen Grad der civilpolitischen Vollkommenheit und der detaillirten und präcisen Ausbildung aufweisen, andererseits einer der modernen analogen Stufe der volkswirthschaftlichen Kultur entsprechen. Bei Hottentotten werden wir das Gesuchte sicher nicht finden. Aber auch z. B. die Gewohnheitsrechte germanischer und slavischer Völker liefern uns keineswegs ein so werthvolles und reiches Material wie das römische Recht. Dies sind Civilrechte, welche in vielen Hinsichten primitiver sind, als das römische Civilrecht des Corpus iuris und der klassischen Periode. Dort würden wir z. B. nur auf einen verhältnissmässig sehr geringen Prozentsatz von civilpolitischen Fragen, für welche im Corpus iuris eine empirische Lösung vorhanden ist, eine Antwort finden (man denke z. B. an die Lehre vom Zinsenersatz, an die Impensenlehre, im Allgemeinen an die oben im Band I und in den ersten drei Theilen des Bandes II behandelten Fragen; vgl. übrigens im B. I S. 74 fg. die Grundsätze des deutschen Gewohnheitsrechtes über die Errungenschaft, Fruchtvertheilung S. 264 fg.). Auch die kulturelle Kluft, welche zwischen den Civilrechten des Mittelalters und der modernen Volkswirthschaftsordnung besteht, ist viel grösser als zwischen dieser und dem römischen Civilrecht.

Die wissenschaftliche Erkenntniss primitiverer Gewohnheitsrechte wird der Civilpolitik nicht sowohl unmittelbar (als empirisches Kontrolmaterial), als vielmehr indirekt, durch die Entwickelung einer universalen Rechtskulturgeschichte (unter Benutzung der vergleichenden Methode) zu Gute kommen. Auf diese Weise wird das grosse Bild entworfen werden, welches zeigt, wie das Recht die menschliche Seele allmählich zum Besseren specificirt und wie die Abschwächung der rohen Eigenschaften, die Ueberwindung entsprechender Anschauungen und die Entwickelung der edleren Psychologie durch das Recht seinerseits ausgenutzt wird, wie dasselbe sich der besseren Psychologie anpasst, um dieselbe weiter zu bessern und immer näher und näher dem Ideal der Liebe und Vernunft zu rücken. Eine solche Wissenschaft ist nicht nur geeignet, die für die Civilpolitik nothwendige Selbsterkenntniss des menschlichen Geistes und der Wege, welche ihn zur Vollkommenheit führen, zu fördern, sondern auch zur gesunden allgemeinen Philosophie als ethischer Weltanschauung zu leiten. Wer an das Ideal und den ethischen Fortschritt nicht glaubt, dem wird diese Wissenschaft klar zeigen, dass die Rechtsgeschichte sicheren Beweis für

die allmähliche Entwickelung der edlen Kräfte und die Ausbildung entsprechender edler Krystallisationen enthält. Schon die Geschichte eines einzelnen Rechtes zeigt klar, wie es, ursprünglich auf grobe und rohe Psychologie berechnet, durch seine Entwickelung die allmähliche Erhöhung der ethischen und intellektuellen Anerkennung und Achtung für die Volkspsychologie ausdrückt. Die universale Rechtskulturgeschichte wird dies im höheren Grade und im grossen Massstabe nachweisen.

14. Neben dem gewohnheitsrechtlichen ist selbstverständlich jedes andere empirische Material nach Möglichkeit heranzuziehen, insofern es für die Kontrole von civilpolitischen Deduktionen geeignet erscheint. Das römische Gewohnheitsrecht (auch wenn wir von der oft nicht unbedeutenden Schwierigkeit der geschichtlichen Korrektur absehen) wird uns mitunter schon darum im Stich lassen, weil es die bezügliche civilpolitische Frage gar nicht vorsieht (Lücken aus geschichtlichen und anderen Gründen) oder weil es im betreffenden Gebiete so weit von den Postulaten der modernen Civilpolitik sich befindet (grundsätzliche kulturelle Gegensätze), dass auch die geschichtliche Korrektur dasselbe in ein brauchbares Bestätigungs- und Kontrolmaterial nicht verwandeln kann. Aber auch in denjenigen Fällen, wo das römische Recht ein an sich gutes Kontrolmaterial enthält, ist immer die Möglichkeit einer anderweitigen thatsächlichen Prüfung zu begrüssen und auszunutzen. Gerade die Entwickelung der Civilpolitik wird eine allgemeine und von den Civilpolitikern tief durchdachte und innig durchfühlte Ueberzeugung schaffen und kräftigen, dass jeder leichtsinnige Schritt auf dem Gebiete der Civilgesetzgebung eine schwere Sünde gegen den ethischen, intellektuellen und ökonomischen Wohlstand des Menschen und gegen das Ideal bedeutet, dass ein kleiner, anscheinend harmloser Paragraph oder eine prima facie kaum bemerkbare Lücke in einem Civilgesetzbuch viele Menschenexistenzen vernichten, Massen von ökonomischen Gütern zerstören oder in unangemessener Richtung verschieben, viele Seelen vergiften kann. Der durch das Gefühl seiner hohen Aufgabe und schweren Verantwortlichkeit durchdrungene Civilpolitiker wird daher die grösste Sorgfalt nicht nur auf die Vollständigkeit und Genauigkeit seiner Deduktionen und die Prüfung seiner Prämissen, sondern auch auf die Ausbeutung jedes möglichen empirischen Kontrolmaterials verwenden.

Um die Sicherheit der gewohnheitsrechtlich-geschichtlichen

Bestätigung zu erhöhen, die Richtigkeit der dabei gemachten geschichtlichen Korrekturen durch das gegenwärtige empirische Material ihrerseits zu kontroliren und die eventuellen bei der obigen Methode unvermeidlichen Lücken der empirischen Prüfung auszufüllen, können wir uns zu den zur Zeit der Prüfung geltenden Civilrechten oder genauer zur thatsächlichen Wirkung ihrer Sätze wenden. Hier sind verschiedene Eventualitäten möglich:

a. Kein geltendes Civilrecht entscheidet die bezügliche civilpolitische Frage unserer deduktiven Argumentation gemäss. Wir tadeln also a priori das Verfahren der geltenden Civilrechte im betreffenden Gebiete, indem wir deduktiv ersehen, dass die betreffenden positiven Abweichungen von unserem civilpolitischen „Naturrecht“ diese oder jene (volkswirthschaftlich, ethisch) pathologischen Erscheinungen herbeiführen resp. diese oder jene wohlthätigen Erscheinungen an Entstehung hindern müssen. Es gilt nun nach Kräften zu prüfen, ob und inwiefern die im Geltungsgebiete der betreffenden civilrechtlichen Sätze vorkommenden Thatsachen unseren Tadel bestätigen. Wenn die Wirklichkeit zeigt, dass eine von uns deduktiv befürchtete pathologische Folge des unzulänglichen positiven Rechtssatzes thatsächlich existirt resp. wiederkehrt, so haben wir eine empirische Unterstützung im Kampfe gegen das positive Recht und für unser civilpolitisches Postulat gewonnen.

b. Ein oder mehrere geltende positive Civilrechte entscheiden die betreffende Frage unserer civilpolitischen Deduktion gemäss. Wie dieses oder diese Civilrechte dazu gekommen sind, ist hier für uns gleichgültig. Die Ursache dieser Uebereinstimmung kann darin bestehen, dass der Gesetzgeber den Lehren der deduktiven Civilpolitik gefolgt ist und das von der civilpolitischen Wissenschaft aufgestellte Postulat zum positiven Recht gemacht hat. Sie kann auch ganz zufälliger Natur sein, indem z. B. der Gesetzgeber unter dem Einfluss ganz verkehrter oder oberflächlicher (etwa naturwissenschaftlicher oder privatökonomischer anstatt volkswirthschaftlicher), oder unvollständiger Erwägungen, oder auf Grund seines Billigkeitsgefühls, seines unbewussten praktischen Taktes ..., oder mittelst unkritischer Nachahmung eines Gewohnheitsrechtes, z. B. des römischen oder des deutschen, zufällig das Richtige getroffen hat, ohne überhaupt oder tief genug zu verstehen, warum sein Satz civilpolitisch richtig ist. Wir betonen noch einmal, dass diese Umstände für uns hier ganz gleichgültig sind. Bei dem

Prüfungsverfahren, von welchem wir jetzt sprechen (im Gegensatz zu dem oben S. 584 fg. dargestellten), ist der Ursprung des betreffenden positiven Satzes absolut bedeutungslos. Es handelt sich nur darum, zu erfahren, ob der betreffende, durch die Autorität der Civilpolitik oder zufällig entstandene positive Rechtssatz wirklich den deduktiven Hoffnungen der Civilpolitik gemäss wirkt.

Das Verfahren sub a kann und muss nach Kräften mit dem Verfahren sub b kombinirt werden.

Obgleich es sich hier um zeitgenössische Erfahrungen resp. diejenigen aus der nächsten Vergangenheit handelt, ist auch hier mitunter eine kulturell-geschichtliche Korrektur nothwendig. Im Allgemeinen sind die individuelle und Massenpsychologie und sonstige kulturelle Voraussetzungen bei verschiedenen civilisirten Völkern der Gegenwart einander sehr ähnlich, so dass die überwiegende Mehrzahl civilpolitischer Postulate eine für die Gegenwart absolute und unbedingte Bedeutung aufweisen werden (ius gentium der Civilpolitik). Entsprechend kann z. B. das in Frankreich, in Oesterreich, in Italien, in nordamerikanischen Staaten etc. gesammelte empirische Material der obigen Art auch bei der Prüfung der Tauglichkeit eines civilpolitischen Postulates zur Einführung in Deutschland verwerthet werden. Neben absoluten (in dem hier angedeuteten Sinne, vgl. oben S. 585) civilpolitischen Postulaten sind aber auch bedingte möglich, welche je nach den in verschiedenen Ländern verschiedenen Voraussetzungen verschiedene Gestalt erhalten. Hier ist auch das empirische Material nur mit der entsprechenden Korrektur zu benutzen. Aber auch das den absoluten Postulaten entsprechende Material und zwar auch dasjenige des eigenen Landes muss der Civilpolitiker mitunter nur unter sachgemässer Korrektur verwerthen. Die Nothwendigkeit davon kann sich insbesondere daraus ergeben, dass z. B. die deduktiv begründete gute Wirkung eines civilpolitischen Postulates und zugleich positiven Rechtssatzes durch andere schlechte civilrechtliche positive Sätze oder durch die mangelhafte Einrichtung des Civilprozesses gehemmt oder verzerrt und mit pathologischen Nebenwirkungen ausgestattat wird.

Die obigen methodologischen Ausführungen scheinen uns theoretisch unanfechtbar zu sein. Um sie aber praktisch anzuwenden, muss man eben über das bezügliche thatsächliche Material verfügen. Das ist die Hauptfrage und die Hauptschwierigkeit der obigen Methode. Wie kann man erfahren, wie ein Civilrechtssatz

thatsächlich wirkt, ob er sich praktisch bewährt hat und bewährt oder nicht?

Der Verfasser des Entwurfes verweist oft bei der Aufstellung eines Rechtssatzes auf moderne Gesetzbücher, welche den fraglichen Satz enthalten, ohne darnach zu fragen, ob dieser gut oder schlecht in seinen Geltungsgebieten gewirkt hat. Mitunter heisst es aber, dass der Satz sich in der Praxis bewährt, dass er keine Schwierigkeiten verursacht habe und dgl. Wie hat der Verfasser dies erfahren, wo hat er sich darüber erkundigt? Dieselbe Frage entsteht, wenn man in der Literatur ähnlichen Aussprüchen begegnet. Nach einer gewissen Zeit seit der Einführung eines neuen Civilgesetzbuches wird gewöhnlich eine Reinigung desselben von Sätzen vorgenommen, welche sich als praktisch unzulänglich erwiesen haben. Wie konstatirt man das Vorhandensein solcher Sätze und ihre thatsächliche Unzulänglichkeit? Man hört mitunter Urtheile über die praktische Tüchtigkeit eines Gesetzbuches; so z. B. hört man oft Lobsprüche über den Code civil als ein sehr praktisches Gesetzbuch, welches sich praktisch sehr bewährt habe, oder man bemerkt eine stillschweigende Anerkennung des praktischen Werthes dieses Gesetzbuches; das Vorhandensein eines Satzes im Code civil wird als eine wichtige praktische Empfehlung für den Satz betrachtet und darnach behandelt. Wie hat man erfahren, dass der Code civil sich praktisch bewährt habe?

Urtheile über die guten oder schlechten, durch die Praxis offenbarten Eigenschaften eines Rechtssatzes werden gewöhnlich durch ein Thatsachenmaterial nicht unterstützt. Mitunter kann man sich dem Eindruck nicht erwehren, dass es sich um eine ähnliche Behauptung handelt, wie gewöhnlich, wenn man hört, dass ein Rechtssatz dem Rechtsbewusstsein des Volkes, der Natur der Sache, den Bedürfnissen des Lebens, den inneren Gründen, oder dgl. entspreche. Es handelt sich um nackte Behauptungen, um leere Phrasen, um marktgängige Schlagworte, welche eine natürliche und nothwendige psychische Folge des Mangels der tieferen wissenschaftlichen Erkenntniss und der genaueren methodischen und systematischen Forschung sind und diese ersetzen sollen. Oft haben aber die uns interessirenden Urtheile eine ernstere Bedeutung, auch wenn sie durch Anführung von thatsächlichem Material nicht unterstützt werden. Die Quelle solcher Urtheile ist gewöhnlich die Rechtspraxis; sie sind „Stimmen der Praxis“ und werden zunächst von Praktikern ausgesprochen; die Gelehrten,

welche solche Urtheile aussprechen, stützen sich gewöhnlich auf die Autorität der Praxis. Wir fordern von der Wissenschaft die wissenschaftliche Sicherheit, den Ernst, den zureichenden Grund bei wissenschaftlichen Urtheilen, nicht aber den Pedantismus. In unserem Falle glauben wir gern den Stimmen der Praktiker, auch wenn sie ohne thatsächliches Beweismaterial auftreten. Es handelt sich um die während einer längeren Zeit der praktischen Thätigkeit angesammelte Erfahrung, um Urtheile, welche viele praktische Fälle zusammenfassen; Richter sind ferner Personen, welche, ihrem hohen Beruf gemäss, thatsächlich intellektuell und ethisch sehr hoch stehen und besonders grosse Gewähr für die Vorsicht und Unparteilichkeit ihrer Urtheile bieten; darum sind wir geneigt, ihren Urtheilen eine grosse empirische Autorität zuzuschreiben.

Trotzdem ist den fraglichen Urtheilen gegenüber der grösste Skepticismus in einer anderen Hinsicht geboten. Wofür können sie eigentlich als empirische Autorität gelten? Auf den ersten Blick kann diese Frage sonderbar erscheinen. Natürlich bezeugen die Urtheile der Praktiker das, was sie eben aussprechen, d. h., dass das betreffende Gesetz sich praktisch als gut oder als schlecht erwiesen habe. Die Frage ist indessen nicht so müssig, wie sie zu sein scheint, und es ist zu bedauern, dass man dieselbe vor der Abfassung des Entwurfes nicht aufgeworfen und genauer untersucht hat.

Die herrschenden Anschauungen über die Autorität der Praktiker sind als unzulänglich zu betrachten und es ist vielmehr zu behaupten: Die sog. Rechtspraxis offenbart nicht, wie Civilgesetze wirken; ja noch mehr, sie gewährt vielfach und in vielen Hinsichten ein verzerrtes, einseitiges Bild dieser Wirkung. Die Rechtspraktiker (als solche, d. h. insofern sie sich ausschliesslich auf ihre Praxis stützen) können darüber nicht urtheilen, wie einzelne Civilgesetze oder ein Civilgesetzbuch als Ganzes wirken; sie können höchstens nur eine von vielen und gar nicht die wichtigste Seite der praktischen Bedeutung der Civilgesetze kennen lernen.

Was würden wir von der folgenden Behauptung sagen?

„Die praktische Wirkung eines Finanzgesetzes, z. B. eines Grundsteuergesetzes, können am besten diejenigen Personen beurtheilen, welche bei der Anwendung des Gesetzes mitarbeiten, z. B. die Beamten, welche die Steuer erheben, oder die Richter, welche die aus der Anwendung des Gesetzes entstehenden Streitigkeiten entscheiden.“

Dass diese Behauptung unrichtig ist, dürfte Jedem klar sein. Die Finanzrechtspraxis im Sinne der Theilnahme an der Anwendung von Finanzgesetzen und die bezügliche persönliche Erfahrung können offenbar nicht genügen, um die Wirkung von Finanzgesetzen zu erkennen. Ebenso unkritisch ist aber auch die herkömmliche Anschauung über die Civilrechtspraxis als Grundlage für die Erkenntniss der praktischen Wirkung eines Civilgesetzes oder -gesetzbuches und über die Stimmen der Praxis und ihre Autorität; nur ist die Unrichtigkeit dieser Anschauung nicht so prima facie klar, wie beim obigen Beispiel mit dem Grundsteuergesetz. Die Gründe, welche für unseren Skepticismus sprechen, sind sehr zahlreich. Es liesse sich darüber eine umfangreiche, u. E. höchst werthvolle Monographie abfassen. Man könnte Civilgesetze in einzelne Kategorieen klassificiren und bei jeder Kategorie nachweisen, welche Seiten der Wirkung von betreffenden Gesetzen und in welchem Masse für die Beobachtung eines Rechtspraktikers (als solchen) zugänglich sind, welche dagegen versteckt bleiben, wie auf diese Weise ein schlechtes Gesetz mitunter auf den Praktiker einen guten Eindruck, ein gutes Gesetz dagegen einen schlechten Eindruck in der Praxis macht, wie aber fast bei allen aufgestellten Kategorieen die Erfahrung des Rechtspraktikers an sich eher zu oberflächlichen und einseitigen Urtheilen verleitet, als eine volle und tiefe Erkenntniss gewährt. Ferner könnte man interessante Betrachtungen darüber anstellen, wie verschiedene andere Umstände, unabhängig von der Natur der betreffenden Civilrechtssätze, das Urtheil des Rechtspraktikers einseitig färben, dasselbe vielfach lückenhaft und schief machen, wie z. B. aus vielen verkehrten Grundsätzen des geltenden Prozessrechtes sich die plutokratische Einseitigkeit und die Lückenhaftigkeit der Erfahrungseindrücke ergiebt, welch grosse Bedeutung in derselben Richtung die Höhe der gerichtlichen Instanz hat; thatsächlich besitzt die Praxis der höchsten Instanz nicht nur im Sinne des juristischen Gewichtes, sondern auch auf dem uns interessirenden Gebiete die grösste Autorität; sie verdient aber dieselbe in unserem Gebiete am wenigsten; ihre Autorität ist vom Standpunkt der Gütervertheilung am gefährlichsten. Ferner könnte man die Bedeutung der Stimmen der Praxis je nach der Beschaffenheit des positiven Civilrechtes höher oder geringer veranschlagen; so z. B. könnte man nachweisen, dass die im Entwurfe durchgeführten Principien der abstrakten Geschäfte und der Formlosigkeit, welche viele Missstände und Missbräuche

ins Leben rufen, die Rechtspraxis nicht zum pessimistischen, sondern im Gegentheil zum optimistischen Urtheil über thatsächliche Civilrechtserscheinungen verleiten; in derselben Richtung wirkt z. B. der Grundsatz, dass man beliebig verschiedene Nebenansprüche aus einem Rechtsverhältnisse gesondert in beliebiger Ordnung einklagen darf. Während das römische Recht durch seine anscheinend formalistischen und praktisch unbequemen Grundsätze den Kläger zur Vorzeigung seiner Karten, seiner ganzen Strategie nöthigte, bewirken die Grundsätze des Entwurfes die thatsächliche Verbreitung und zugleich den trügerischen Schein der Minderung oder gar der Verschwindung von bezüglichen missbräuchlichen Manipulationen. Aehnlich müssen die oben kritisirten, vom zweiten Entwurf dem Gläubiger verliehenen Waffen offenbar die Lage der Schuldner im höchsten Masse verschlimmern, vielfach unerträglich machen. Wird darum in den Gerichten das Jammergeschrei der Schuldner lauter werden und die Bedrückung derselben sich in der gerichtlichen Praxis klar und voll offenbaren? Ganz im Gegentheil. Der Entwurf stopft dem gefolterten Schuldner den Mund zu und unterwirft ihn aussergerichtlichen ausbeuterischen Operationen. Während früher über die vielen Schadensersatzprozesse, Beweisschwierigkeiten und andere praktische, aus den geltenden Grundsätzen folgende Schwierigkeiten geklagt wurde, würde nach der Einführung des gegenwärtigen Entwurfes und bei Geltung gegenwärtiger Anschauungen über die Praxis und praktisch sich offenbarende Eigenschaften des Civilrechtes ein Gefühl der Befriedigung und ein trügerischer Optimismus unter den Praktikern entstehen. Die Gesetze gegen den unpünktlichen Schuldner sind klar und stehen in solch schöner Auswahl dem Gläubiger zur Verfügung, dass der Schuldner am besten thut, wenn er sich freiwillig fügt und die gestellten Friedensbedingungen mit bestem Dank annimmt, ohne es zum Prozess kommen zu lassen. Das Opfer des Wuchers muss gewöhnlich gute Miene zum bösen Spiel machen.

Eine erschöpfende Behandlung unseres Themas würde, wie gesagt, viel Raum erfordern, daher lassen wir specielle und partielle Betrachtungen der obigen Art bei Seite und wenden unsere Aufmerksamkeit nur den grundsätzlichen, sich aus der oben vertretenen Anschauung über das Wesen und den Sinn des Civilrechtes ergebenden Punkten zu:

a. Das Wesen des Civilrechtes besteht in der positiven, organisatorischen (Produktion und Vertheilung der Güter) Bedeutung,

nicht aber in der negativen des Zwanges und Schutzes (oben S. 471). Die Gerichte haben darum mit einer unwesentlichen Seite des Civilrechtes zu thun. Vom Standpunkt des Richters und des Rechtsanwaltes mag das Schlagwort „Selbstschutz des Interesses“ (Ihering, vgl. oben S. 473 Note) als richtig erscheinen, vom Standpunkt des Wesens der subjektiven Civilrechte und des Civilrechtes handelt es sich nur um eine vorübergehende unwesentliche Kehrseite des Rechtes.

Wenn wir voraussetzen, dass alle Mitglieder des Volkes Verstösse gegen Civilgesetze vermeiden und keinen Anlass zu Civilklagen anderen Mitgliedern gewähren, so haben die Civilrichter bei dieser Voraussetzung keine (vgl. übrigens unten sub b) rechtspraktische Beschäftigung noch Erfahrung und man müsste vom Standpunkt der Anschauung, wonach die Wirkung des Civilrechtes sich in den Gerichten offenbart, behaupten, dass das Civilrecht in unserem hypothetischen Lande gar nicht wirkt. Dies wäre indessen absurd, denn nach unserer Voraussetzung ist das Gegentheil richtig; das Civilrecht des betreffenden Landes ist in der höchsten Potenz wirksam; alle Mitglieder des Volkes leisten demselben Gehorsam.

Diese reductio ad absurdum ist nun thatsächlich nur zum Theil richtig, weil unsere Voraussetzung nur zum Theil zutrifft. Es ist aber zugleich klar, dass unsere Hypothese sich mit der Erhöhung der Rechtskultur immer mehr in die empirische Wahrheit umsetzt. Je fester und sicherer das Civilrecht wirkt, desto unsichtbarer wird diese Wirkung für das Auge der Rechtspraxis, bis zur Beseitigung jeder Berührung des Civilrechtes mit den Civilgerichten.

b. Die Klarheit der Erwägung sub a wird noch durch den Umstand gestört, dass auch bei der dort vorausgesetzten Höhe der Rechtskultur viele Leute sich vielleicht an Civilrichter darum wenden würden, weil sie zwar den besten Willen haben, dem Civilrechte zu gehorchen, in betreffenden Fällen aber es zweifelhaft erscheint, wie vorliegende komplicirte und eigenthümliche species facti civilrechtlich zu behandeln sind.[1] Indessen dürfte es Jedem klar sein, dass die Wirkung und die Bedeutung des Civilrechtes nicht in der Lösung von eigenthümlichen Rechtsfällen besteht noch sich darin oder dabei offenbart.[2] Es ist ganz sachgemäss, wenn die

1) Hier handelt es sich nicht um den Schutz und die Gewalt, sondern um die Lösung einer komplicirten Denkaufgabe und die Belehrung.

2) Uebrigens begegnet man in der Literatur und in den Motiven des

Civilrechtslehrer in ihren Seminaren die Hörer in der Lösung von interessanten und eigenthümlichen Rechtsfällen üben; dies ist für einen Juristen ebenso nützlich, wie die Gewöhnung an die Quelleninterpretation; es wirkt ferner sehr günstig auf die Entwickelung der Kraft und der Präcision des Denkens, gewährt an sich einen feinen und interessanten geistigen Genuss und weckt das Interesse für die schöne und geistvolle Wissenschaft und Kunst, die Jurisprudenz. Indessen wäre es ein Irrthum, wenn man annähme, dass man durch diese Art der Beschäftigung mit der Wirkung und der Bedeutung von Rechtssätzen vertraut wird. Im Gegentheil, die Civilgesetze sind hauptsächlich auf solche Fälle berechnet, welche für die erwähnten Seminarübungen absolut ohne Interesse sind, und das Wesen und die Hauptbedeutung des Civilrechtes besteht gerade in der Regelung solcher für die Uebung der Hörer in der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten bedeutungslosen Fälle. Nehmen wir z. B. folgende Fälle: Der Gutsbesitzer A. hat eine Masse Getreide von seinem Grundstück (oder der Fabrikant B. eine Masse von Fabrikaten) mit Hilfe seiner Arbeiter gewonnen; Rechtsfrage: wem gehört das Eigenthum an gewonnenen Produkten und was haben die Arbeiter und die Eigner der dem Gutsbesitzer dargeliehenen Geldsummen zu bekommen? Entscheidung: die Arbeiter bekommen den verabredeten Lohn, die Kreditgeber — die verabredeten Zinsen, die Produkte gehören dem Unternehmer. Der Kapitalist C. ist ohne Testament gestorben und hat zwei Söhne hinterlassen; Rechtsfrage: wer hat das hinterlassene Vermögen zu bekommen? Entscheidung: die beiden Söhne nach gleichen Theilen. Es ist nun klar, dass die Civilgesetze, welche die obigen species facti regeln, eine grundlegende Bedeutung für die Socialordnung haben und dass ihre Wirkung sehr tief und vielseitig ist. Es ist aber zugleich klar, dass kein Rechtslehrer die Entscheidung solcher species facti zum Gegenstand von Seminarübungen machen würde, desgleichen ist es klar, dass solche Thatbestände keine Zweifel und Streitigkeiten unter den Civilparteien verursachen. Diejenigen Fälle, deren juristische Lösung schwierig oder zweifelhaft erscheint, haben normalerweise keine nennenswerthe Bedeutung in der Volksökonomie; wenn die bezüglichen Thatbestände von grosser Bedeutung wären, würde der Gesetzgeber sie durch ein Gesetz entschieden haben,

Entwurfes auf Schritt und Tritt verschiedenen Verstössen gegen diesen negativen Satz. Jedenfalls wird die bezügliche Seite des Civilrechtes auffallend überschätzt.

so dass kein Raum für Seminardiskussionen oder gerichtliche Rechtsstreitigkeiten übrig bliebe. Hier können wir also den Satz aufstellen:

Je wichtiger und tiefer ein Civilrechtssatz ist und wirkt, desto unsichtbarer wird diese Wirkung für die Civilgerichte; je sachgemässer das Civilrecht ist und wirkt, desto unwesentlichere Erscheinungen des Civilrechtslebens bilden den Gegenstand der Beobachtung und Erfahrung für die Rechtspraktiker. Dies ist aber eine analoge reductio ad absurdum der bekämpften Anschauungen, wie die sub a gelieferte. Aus dem Wesen und dem Sinne des Civilrechtes ergiebt sich, dass die beiden praktischen Funktionen der Gerichte (die sub a und die sub b) die immer wachsende Tendenz haben, das Wesentliche dem Auge des Richters zu entziehen, um ihm nur unwesentliche und sozusagen zufällige Abfälle des Civilrechtslebens vor Augen zu führen. Wer würde behaupten, dass derjenige das Wesen und die Bedeutung einer Art der Produktion durch eigene Erfahrung und Beobachtung am besten erkennen kann, wer mit den Abfällen, mit den unwesentlichen Nebenerzeugnissen dieser Produktion zu thun hat!

Es wäre auch ein Irrthum anzunehmen, dass je nach der unserem praktischen Takte oder Billigkeitsgefühl mehr oder weniger entsprechenden Lösung eigenthümlicher und zweifelhafter Rechtsfälle die Güte der diese Lösung ergebenden Bestimmungen und Institute des positiven Rechtes beurtheilt werden könne. Im Gegentheil, unser Urtheil über ein positives Civilrecht oder das Civilrecht im Allgemeinen wird eher verflacht und verzerrt, als berichtigt und vertieft, wenn wir dasselbe durch die Beschäftigung mit eigenthümlichen und zweifelhaften Rechtsfällen ausbilden. In unserem hypothetischen Lande, wo die Gerichte nur mit der Lösung solcher Fälle zu thun hätten, würden die Richter (und die Rechtsanwälte) als Rechtspraktiker (d. h. insofern sie ihr Urtheil über Civilgesetze ausschliesslich den durch ihre praktische Thätigkeit gewonnenen Eindrücken entnehmen würden) sehr schiefe, lückenhafte und einseitige Anschauungen über den praktischen Werth des geltenden Civilrechtes haben müssen. Es wäre an diese hypothetischen Richter die dringende Mahnung zu richten, dass sie die Gesetze streng nach ihrem wahren Sinne anwenden, ohne dieselben umzudeuten und den ihrer Entscheidung unterbreiteten eigenthümlichen Rechtsfällen „anzupassen“, obgleich ihr praktischer Takt oder ihre Billigkeitsgefühle für sie starke Versuchung in dieser

Richtung schafften. Nach den eigenthümlichen Fällen können sie die Wirkung der Gesetze nicht beurtheilen; wegen der eigenthümlichen Fälle sind die allgemeine Bedeutung des Gesetzes und die allgemeinen Principien nicht zu untergraben.

c. Das Wesen und die Bedeutung des Civilrechtes ist der fernen Zukunft zugewandt. Dort, in weiter Ferne sieht das Civilrecht das Licht des Ideals und dorthin leitet es die Menschheit. Auf das noch nicht Geschehene, noch nicht Existirende soll das Civilrecht seinem Wesen nach berechnet werden. Selbstverständlich kann dies der Rechtspraktiker, ebenso wie jeder andere ethisch und intellektuell gebildete Mensch, klar sehen und erkennen, tief fühlen und stark wollen. Als Richter, als Rechtsanwalt muss er sich aber umdrehen und die schon geschehenen species facti abwickeln. Dies ist eine hohe und wichtige Aufgabe, welche ihrerseits der Zukunft und dem Ideal dient. Nichtsdestoweniger ist (von dem hier angenommenen Standpunkt) zu behaupten, dass die fachmässige Erfüllung dieser Aufgabe an sich keine allseitige und tiefe Einsicht in die Bedeutung und Wirkung der Civilgesetze gewährt, dass sie im Gegentheil solche Urtheilsgewohnheiten und Anschauungen hervorruft und kräftigt, welche geeignet sind, das Urtheil zu verfälschen und die Einsicht zu verdunkeln. Um das Wesen und die Bedeutung von Civilgesetzen zu erkennen, muss man sich hüten, den Eindrücken der gerichtlichen Praxis zu folgen; man muss vielmehr die psychische Wirkung seiner praktischen Thätigkeit als Richter, als Rechtsanwalt etc. zu überwinden suchen, vielfach ihr zum Trotz urtheilen. Eine genauere Begründung für das hier Ausgesprochene brauchen wir nicht zu liefern, weil wir auf die Ausführungen des ganzen Buches und des Anhanges insbesondere verweisen können. Ebendaselbst sind Massen von Beispielen zu finden, welche traurige Folgen der Ausserachtlassung des hier Gesagten veranschaulichen (vgl. auch Bd. I S. 330 fg.).

d. Vom ökonomischen Standpunkt bildet das Civilrecht (das Vermögensrecht) das System von Regeln der decentralisirten Volkswirthschaftsverwaltung oder (wenn wir die unmittelbare und direkte Funktion in den Vordergrund stellen) das decentralisirte System der Gütervertheilung, oder (wenn wir das Verhältniss des Kapitals zum Einkommen würdigen) der Vertheilung des Volkseinkommens. Auch hier sind genauere Ausführungen überflüssig. Es genügt, sich die Frage vorzulegen: Gewähren Eindrücke der gerichtlichen Praxis die Möglichkeit, die Wirkung der Civilgesetze und des Civil-

rechtes vom Standpunkt der hier hervorgehobenen Funktion zu überblicken und zu veranschlagen? Wie kann man durch die Theilnahme an der gerichtlichen Praxis konstatiren, wie Civilgesetze auf die Produktion der Güter einwirken, welchen Einfluss dieselben auf die Einkommensvertheilung, im Allgemeinen auf die Volkswirthschaft haben? Der Richter und der Rechtsanwalt haben mit Privatinteressen zu thun. Der Kläger fordert vom Beklagten eine Geldsumme oder eine andere Leistung, wobei er sich auf diesen oder jenen Paragraphen des Gesetzbuches stützt und nachzuweisen sucht, dass der im betreffenden Gesetze vorgesehene Thatbestand in seinem Falle vorliegt. Der Thatbestand, welchen der Richter dabei kennen lernt, wird nicht nur vom volkswirthschaftlichen Zusammenhang für ihn abgerissen, sondern auch vom Zusammenhang mit der Privatwirthschaft des Klägers. Dieser erzählt im Gerichte nicht, welche Bande das geschlossene Rechtsgeschäft oder den sonstigen bezüglichen Thatbestand mit dem System seiner anderen Handlungen und wirthschaftlichen Pläne verknüpfen; dies gehört zur Sache nicht, und wenn der Kläger sich darüber verbreiten wollte, würde der Richter ihn sogleich ex officio unterbrechen müssen. Was zum relevanten Thatbestand nicht gehört, darf im Gerichte nicht erzählt werden. Darum ist zu behaupten, dass die gerichtliche Praxis kein lebendiges Bild der privatwirthschaftlichen Zusammenhänge von Rechtserscheinungen dem Rechtspraktiker liefert, geschweige denn ein solches volkswirthschaftlicher Natur. Die gerichtliche Praxis beruht auf Zerstückelung wirthschaftlicher Vorgänge. Dies kann man schon aus den Hand- und Lehrbüchern des Civilrechtes ersehen; diese sind eben den Bedürfnissen der Praxis angepasst; kann man nun diesen Büchern ein Verständniss für privat- oder volkswirthschaftliche Erscheinungskomplexe und ihre Abhängigkeit von einander entnehmen?

Was würden wir von der folgenden Behauptung sagen?

Das beste Verständniss für die Konstruktion und die Funktion von verschiedenen Arten der Fabriken kann man dadurch gewinnen, dass man sich verschiedene, möglichst kleine abgetrennte Stückchen von verschiedenen Fabrikmechanismen: Rädchen, Nägelchen und dgl. zur Besichtigung bringen lässt?

Solche Rädchen, Nägelchen etc. bekommt aber der Richter zur Besichtigung, wobei diese Stückchen, welche Hunderten von Fabriken entstammen, ohne irgend welche Ordnung nach einander im Gerichte erscheinen.

Auch hier ist zu sagen: Um die Funktion und die Bedeutung von Civilgesetzen für die Volksökonomie zu verstehen, genügt es nicht, Eindrücke der gerichtlichen Praxis auf sich einwirken zu lassen. Im Gegentheil, die psychische Wirkung dieser Eindrücke und die entsprechenden Denkgewohnheiten wirken auf die volkswirthschaftliche Einsicht hemmend und störend; man muss sich von den durch die gerichtliche Praxis eingeimpften Gewohnheiten befreien, ihnen zum Trotz denken, wenn man das Civilrecht volkswirthschaftlich verstehen will.

Die obigen Bemerkungen genügen u. E., um unseren Skepticismus den „Stimmen der Praxis“ gegenüber wissenschaftlich zu begründen. Selbstverständlich wollen und können diese Bemerkungen der Hochachtung, welche die Richter geniessen, keineswegs zu nahe treten. In seinem Gebiete ist und bleibt der Richter die höchste und unantastbare Autorität. Desgleichen betonen wir noch einmal, dass wir über Urtheile und Denkgewohnheiten der Rechtspraktiker als solcher gesprochen haben. Mit der Entstehung und Entwickelung der Civilpolitik werden die Rechtspraktiker sich gewiss immer mehr und mehr für die Methode dieser Wissenschaft und deren Fortschritte interessiren und sie durch eigene Beiträge gewaltig fördern. Der Richter, der Rechtsanwalt können zugleich hervorragende Civilpolitiker sein und es ist im höchsten Masse wünschenswerth, dass sie der zukünftigen Wissenschaft ihre Hilfe reichlich gewähren. Wenn die Methode der Civilpolitik eine sachgemässe wissenschaftliche Ausbildung erhält,[1] wenn man sich an die entsprechende Denkweise gewöhnt, so wird man auch das durch die Rechtspraxis gelieferte empirische Material kritisch auszunutzen lernen. Anstatt der bisherigen, vielfach unkritischen „Stimmen der Praxis“ werden wir dann Stimmen der Civilpolitiker hören, welche während ihrer Thätigkeit als Rechtsanwälte, als Richter . . . werthvolles Material angesammelt und dasselbe kritisch verarbeitet haben. Sie werden wissen, zu welchen Schlüssen sie die beobachteten Erscheinungen verwerthen dürfen und zu welchen

1) Es kann selbstverständlich keine Rede davon sein, dass die Bemerkungen dieses Anhanges oder andere obige Untersuchungen eine genügend tiefe und vollständige wissenschaftliche Theorie der civilpolitischen Methode liefern. Dies ist eine Aufgabe der Zukunft, welche nur durch die Mitarbeit Vieler befriedigend gelöst werden kann. Hier kann es sich im besten Falle nur um bescheidene Beiträge zur Lösung dieser grossen Aufgabe, um Andeutung von einigen dazu gehörenden Problemen, um die Anregung zur Kritik mancher die Entstehung und die Entwickelung einer wissenschaftlichen Civilpolitik hemmenden Irrthümer handeln.

nicht, in welcher Hinsicht ihr Material lückenhaft und einseitig ist, welche Denkgewohnheiten sie bei ihren Schlüssen zu vermeiden haben etc. Anstatt zu falschen Anschauungen zu verleiten, werden die Eindrücke der Praxis sichere und werthvolle Ergebnisse für die empirische Prüfung der Civilpolitik und Anregung zu neuen Schlüssen liefern. So lange die einschlägigen Probleme nicht gelöst sind, so lange die Rechtspraktiker eben als Rechtspraktiker urtheilen, d. h. ihren Eindrücken und Gewohnheiten ohne eine methodische Kritik und ohne einen genügenden Skepticismus folgen, können sie als eine genügende Autorität dafür, ob ein bürgerliches Gesetzbuch oder einzelne Institute desselben sich als thatsächlich gut oder schlecht erwiesen haben resp. erweisen werden, nicht anerkannt werden.

Ihre Stimmen können nur für die Beurtheilung der äusseren, redaktionellen und prozessualen Tüchtigkeit eines Gesetzbuches ein genügendes Gewicht haben, für die Fragen, ob man auf Grund des betreffenden Gesetzbuches leicht oder schwer Entscheidungen für verschiedene Thatbestände finden kann, ob die Gesetze klar und präcise gefasst sind, ob sie einander nicht widersprechen, ob die durch die Gesetze geforderten Thatbestände leicht oder schwer nachweisbar sind, ob sie nicht besondere Schwierigkeiten für die erfolgreiche Geltendmachung der rechtlich begründeten Interessen von Privatpersonen liefern u. s. w. Diese und ähnliche Fragen interessiren am meisten den Rechtspraktiker, auf die Beurtheilung dieser Fragen wird seine Aufmerksamkeit beständig gelenkt. Im Gerichte äussert sich eben die prozessuale Wirkung und die gerichtliche Tüchtigkeit von civilrechtlichen Sätzen. Nebenbei sei bemerkt, dass auch dieser Umstand im Falle des Mangels an kritischem, methodischem Denken zur einseitigen und falschen Beurtheilung des Civilrechtes verleitet, dass auch hier eine dunkle Brille steckt. Welche traurigen Folgen sich daraus ergeben können, veranschaulichen zahlreiche Beispiele in der obigen Darstellung. Die praktische Weisheit des Verfassers des Entwurfes besteht hauptsächlich im Betrachten von Gesetzen durch die angedeutete dunkle Brille, als ob das Wesen des Civilrechtes im siegreichen prozessualen Auftreten des Gläubigers, des Eigenthümers etc. bestünde, als ob man das letzte Wort der gesetzgeberischen Weisheit gesagt hat, wenn man Beweiserleichterungen schafft und für sonstige Bequemlichkeiten für den Eigner von civilrechtlichen Machtbefugnissen sorgt. Diese Erscheinung in

dem Entwurfe und den Motiven ist desto erklärlicher, als auch die modernen Vertreter der Wissenschaft vielfach die Tendenz, „praktisch“ zu sein, dadurch bekunden, dass sie sich in Gedanken in die Rolle eines Richters oder einer Partei resp. ihres Rechtsanwaltes versetzen und von diesem Standpunkt aus ihre praktischen Anschauungen bilden; und dies geschieht nicht nur bei einzelnen civilrechtlichen Fragen und Rechtssätzen von geringerem Belang, sondern mitunter bei der Behandlung der Fragen von grundlegender Bedeutung, von solchen Problemen, für welche die frühere, weniger praktische Wissenschaft in den allgemeinen Ideen der Philosophie die Lösung zu suchen für nöthig hielt.[1] Gewiss haben hier auch die sprachlichen Zufälligkeiten viel Schaden angerichtet. Da die Ausdrücke „Praxis“, „praktische Thätigkeit“, „Rechtspraktiker“ etc. in der civilistischen Sprache sich auf die Prozesse und was damit zusammenhängt, beschränken, so liegt schon sprachlich sehr nahe die Anschauung, dass die praktische Wirkung und Tüchtigkeit von Civilrechtssätzen sich in den Gerichten offenbart, dass man dort darüber am besten belehrt wird und dass man sich als Richter oder Rechtsanwalt vorstellen soll, um „praktisch“ zu denken, ohne Praktiker zu sein. Wie kann man besser „praktisch“ sein, als wenn man so denkt, wie ein „Praktiker“ denken würde? Die Quelle des Irrthums liegt im engen und beschränkten Sinne der Ausdrücke „Rechtspraxis“, „Praktiker“ u. s. w. Die wahre Rechtspraxis geschieht nicht in den Gerichten und die Hauptpersonen der Rechtspraxis sind nicht die Juristen, sondern die Verwalter und die Konsumenten von Güterstationen des decentralisirten Systems und die Volkswirthschaft als ein ideelles Ganze. Die Richter als solche sind in Wahrheit keine Rechtspraktiker, sondern nur Rechtsschutzpraktiker. Das Recht und der Rechtsschutz sind aber grundverschiedene Dinge.

Um das (nach den obigen Ausführungen lückenhafte) Material der Rechtsschutzpraxis zu vervollständigen, muss die Civilpolitik dafür sorgen, dass auch das aussergerichtliche Thatsachenmaterial nach Möglichkeit gesammelt und verwerthet wird. Mit der Entstehung von Lehrstühlen, Zeitschriften, Vereinen, Kongressen . . . für die Civilpolitik (wofür so schnell wie möglich zu sorgen ist)

---

1) Vgl. z. B. die Anschauung der geschichtlichen Schule über das Gewohnheitsrecht und das in den Motiven des ersten Entwurfes abgeschriebene Urtheil von Ihering (oben S. 505 Note) oder die Theorie des Besitzes desselben Juristen (Beweiserleichterung für den Eigenthümer).

werden Sammelpunkte für die beobachteten Erscheinungen, für das empirische, civilpolitisch verwerthbare Material gewonnen. Die Civilpolitik wird sozusagen über eine Masse von Agenten verfügen, welche in den Städten und auf dem Lande, in Deutschland und in anderen Ländern Erfahrungen und Beobachtungen über die günstige oder ungünstige thatsächliche Wirkung von Rechtssätzen und Instituten, von Schwächen und Lücken des Civilrechtes notiren und sammeln werden. Eventuell werden die Regierungen der Civilpolitik durch amtliche Enqueten helfen.

15. Sehr wünschenswerth wäre selbstverständlich die Hilfe der ständigen, systematischen amtlichen Statistik. Indessen ergeben sich leider aus dem Wesen des Civilrechtes (Decentralisation) praktisch kaum zu überwindende Schwierigkeiten für die Anwendung der Statistik im grösseren Massstabe. Nur einzelne Kategorieen von Civilrechtserscheinungen, namentlich diejenigen, welche unter Theilnahme oder Kontrole der Obrigkeit verlaufen (Vormundschaft, Erbrecht, Hypothekenrecht, Erscheinungen der Gerichtspraxis . . .), sind der statistischen Beobachtung leicht zugänglich. Aber auch in den der Statistik zugänglichen Gebieten wird es oft schwer sein, den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Gestalt eines civilrechtlichen Institutes und den Zahlen der Statistik festzustellen. Es handelt sich meistens um Erscheinungen, welche von vielen Faktoren und Einflüssen abhängen. Verwerthbarer für civilpolitische Zwecke ist die Statistik im Sinne der zahlenmässigen Orientirung über verschiedene volkswirthschaftliche Voraussetzungen, thatsächliche Zustände, sozusagen über die thatsächliche Beschaffenheit des zu bebauenden Bodens.

Beispiele von statistischen Zahlen, welche für die Civilpolitik von Interesse sind:

Klassifikation des Volkes nach Berufsarten, nach den Quellen des Einkommens, insbesondere z. B. die Klassifikation der Vertreter von „liberalen“ und anderen Arbeitsberufen nach der Art des für sie typischen und ihnen die Existenz gewährenden Arbeitsvertrages (der Raum in einem Gesetzbuch und die Zeit und Arbeit der Civilpolitik sind sehr theuer und es ist wichtig zu erfahren, welche Rechtsverhältnisse in der Volksökonomie grössere, welche geringere Bedeutung haben, welche Arbeitsverträge z. B. zu speciell zu regelnden, benannten Verträgen zu machen sind, ob z. B. für die Hausärzte, Hauslehrer, Künstler verschiedener Art oder dgl. specielle Titel zu schaffen sind); Auskunft über den Zustand und die

thatsächliche Vertheilung des Volkseinkommens (hier sieht man im Allgemeinen die Vertheilungswirkung des Civilrechts und gewinnt eine Grundlage für die Einkommensvertheilungspolitik), über den Zustand produktiver Wirthschaften, ihre Klassifikation nach der Grösse des Betriebes, über die Anzahl und die Arten von juristischen Personen, über den Erfolg ihrer Wirthschaften (Insolvenz), über die Anzahl der Unmündigen und anderen bevormundeten Personen, über die Wirkung der vormundschaftlichen Verwaltung (Zustand des Vermögens bei der Uebernahme der Vormundschaft und bei der Endliquidation), über die Art der Verwaltung und die Person des Vormundes, über das Vorkommen und den Grund der Absetzung des Vormundes; Familien- und Erbschaftsstatistik, insbesondere z. B. die Frage, wie viele und welche Personen und wie lange sie bei der Familie bleiben, welche und wie sie die Familie verlassen, wohin sie ziehen, wie diese und jene vom pater familias unter Lebenden und mortis causa versorgt werden; welche Anzahl von Erbschaften ab intestato, welche ex testamento, welche auf Grund des Notherbrechtes erworben wird, wie sich die thatsächliche Beerbung je nach den Erben (Kinder, Eltern, Frau, entfernte Verwandten, Fiscus . . .) gestaltet, wie viele Erbschaftsprozesse und aus welchen Gründen (querela inofficiosi, Indignität . . .) geschehen, was sie ungefähr kosten, insbesondere, ob die Kosten bei der Konkurrenz einer Masse von entfernten Prätendenten nicht mehr betragen, als die fraglichen Erbschaften werth sind, bei welchen Testamenten und wie oft Fälschungen vorkommen, im Allgemeinen, welche Anzahl von Verbrechen und welcher Art das Erbrecht producirt; Grundbodenstatistik: Eigenthum, Miteigenthum, Selbstwirthschaft, Verpachtung, Personen der Pächter, Vorkommen und Gründe der Austreibung des Pächters, Parzellenpacht, colonia partiaria, Societät, Emphyteusis, Reallasten, Servituten, Antichresis, Hypothekenstatistik etc. etc.; entsprechende Statistik des städtischen Eigenthums, jura in re aliena, Miethsverhältnisse, Hypotheken . . .; Pathologie des Obligationenrechtes, z. B. Wucher, falsche Zeugen, Betrug, Zwang, Unterschlagung, Anzahl von Fällen, in welchen die Mängel des gegenwärtigen Versicherungsrechtes Brandstiftung und dgl. produciren.

Besonders hervorragende Rolle wird bei der Sammlung vom statistischen Material natürlich den Civilgerichten zufallen: welche Klagen, aus welchen Gründen, in welchem Betrage erhoben und zuerkannt oder abgewiesen werden, wer ist der Kläger, wer der

Beklagte, welche Rechtsgeschäfte, welche Paragraphen des Gesetzbuches dem Civilrichter am meisten Arbeit liefern, wie viel Prozesskosten, Prozesszinsen, zuerkannte Schadensersatzsummen, Konventionalstrafen betragen, nichtige, anfechtbare Geschäfte, Verstösse gegen die Form, Rücktritt vom Vertrage etc. etc. Von der zukünftigen Verwandlung der „Stimmen der Praxis" nach Möglichkeit in die „Zahlen der Rechtsschutzpraxis" erwarten wir einen hohen Nutzen für die theoretische und praktische Civilpolitik.

Damit die „Civilstatistik" sich sachgemäss entwickelt und funktionirt, ist die einschlägige Verfahrenslehre dafür zu schaffen. Es wären monographische Arbeiten darüber wünschenswerth, welche über die zu stellenden Fragen, über die Mittel zur Sammlung von civilstatistischen Ziffern, über die Benützung derselben zu Schlüssen, über die dabei möglichen Fehlschlüsse, über die Berichtigung und Vervollständigung durch persönliche Beobachtung, durch das Ausfragen (z. B. durch welche Rechtssätze die Vertreter dieses oder jenes Berufes und auf welche Weise bedrückt, ausgebeutet werden, welche Bestimmungen ihnen als wünschenswerth erscheinen u. dgl.) nähere Untersuchungen enthielten. Werthvolle Hilfsmittel für die Entwickelung und Vertiefung der Lehre über die Civilstatistik kann man in den allgemeinen Werken über die Statistik, über die Statistik in der politischen Oekonomie etc. finden; indessen darf man nicht ausser Acht lassen, dass man dort eben nur Hilfsmittel findet, dass unser Gebiet eigenartig ist und dass wir darum eine selbständige und unserem Gebiete eigenthümliche Theorie des statistischen Verfahrens zu schaffen haben.

Immer aber muss man bei der Verarbeitung des thatsächlichen Materials, sowohl des civilstatistischen als des nichtstatistischen, beachten, dass wir dabei nur insofern die thatsächliche Wirkung von Civilrechtssätzen erkennen, als sie sich in äussere Handlungen umsetzt. Daraus können wir zwar auf die Art des psychischen, insbesondere ethischen Einflusses des betreffenden Institutes schliessen, niemals aber können wir die ethische Wirkung empirisch tief genug und vollständig erkennen. Fast unmöglich ist es, die thatsächliche günstige ethische Wirkung eines Institutes oder eines Satzes zu erkennen. Leichter ist die schädliche Wirkung zu bemerken; aber auch hier sehen wir empirisch diese schädliche Wirkung hauptsächlich nur insofern, als sie sich zu missbräuchlichen Handlungen verdichtet; die giftige Wirkung von schlechten Gesetzen kann aber sehr tief und epidemisch sein und sich nur sporadisch zu sichtbaren pathologischen Fällen verdichten. So z. B. wird das ethische Gift, welches im Obligationenrechte des zweiten Entwurfes steckt, keineswegs sich sogleich in eine Epidemie von Ausbeutung, Unterdrückung, Unredlichkeit umsetzen; insbesondere wird die Anschauung, dass die Erfüllung des obligatorischen Versprechens keine ethische und principielle Pflicht, sondern eine Interessen- und Zweckmässigkeitsfrage ist, nicht sogleich und nicht allgemein durch den flachmaterialistischen, „praktischen" Geist des zweiten Entwurfes verbreitet werden. Die erlangte Rechtskultur steckt zu fest in der Volkspsychologie, dass sie leicht und sogleich untergraben werden könnte. Die Wirkung der schlechten Gesetze des Entwurfes wird zum grossen Theil durch andere wohlthätige Faktoren gehemmt werden, so dass sie sich vielleicht nicht sehr epidemisch in äussere Handlungen umsetzen wird. Daraus aber zu schliessen, dass die deduktiven Befürchtungen sich thatsächlich nur in unbedeutendem Masse bestätigen, wäre ebenso falsch, als wenn Jemand behaupten würde, dass die schlechte Lebensführung nur dann und insofern dem Organismus schadet, als sie unmittelbar den Tod herbeiführt, oder dass die schlechte Nahrung ohne schädlichen Einfluss bleibt, wenn man diesen nicht bemerkt, weil andere günstige Lebensbedingungen ihn neutralisiren.

Darum bildet die Deduktion die eigentliche und unersetzliche Grundlage der Civilpolitik, darum kann man die wesentlichste Bedeutung von civilpolitischen Maximen nur deduktiv erkennen. Dazu ist aber eine möglichst tiefe und genaue Lehre von der in Betracht kommenden menschlichen Psychologie einerseits, eine Lehre von dem Ideal und dem ethischen und volkswirthschaftlichen Fortschritt andererseits zu entwickeln. Diese beiden Lehren müssen die ersten und die wichtigsten Theile der Civilpolitik bilden. Den dritten Theil bildet die Methodenlehre. Wenn diese drei Theile eine ideal- und vernunftgemässe Grundlage und Entwickelung erlangen, dann wird sich das Weitere leicht in schöner und sachgemässer Ordnung ergeben.

16. Im Obigen glauben wir den Nachweis geliefert zu haben, dass die Stimmen der Rechtsschutzpraxis keine entscheidende Bedeutung für die Beurtheilung der Frage, ob und inwiefern ein bürgerliches Gesetzbuch sich praktisch bewährt hat, haben können, ja dass man auch bei dem bisher noch nicht versuchten systematischen und methodischen, wissenschaftlichen Vorgehen dies nur zum Theil erkennen kann. Noch weniger kann man erwarten, dass

die Volksmassen oder die Regierungen als solche sich (beim Mangel an systematischem und methodischem Erkennen) ein sachverständiges Urtheil darüber bilden könnten. Hier ist besonders folgender u. E. für die Civilpolitik und das Verständniss der Civilgesetzgebungsgeschichte höchst wichtiger Umstand zu beachten:

Das eigenthümliche Wesen des Civilrechtes (Decentralisation) führt dahin, dass auch der erhebliche materielle, an sich sichtbare und greifbare Schaden seiner verkehrten Bestimmungen weder von den Volksmassen, noch von den Regierungen, noch von dritten Beobachtern so leicht bemerkt wird und eine solche Massenaufregung und Unruhe herbeiführt, als ein viel geringerer Missstand, wenn er das Centralisationssystem betrifft. Jeder, auch ein sehr unbedeutender Vorschlag des Finanzministers wird durch ein grossartiges Massengeschrei begleitet, während sich dieselben Massen über schlechte Civilgesetze, welche ihnen auch vom Standpunkt der Taschen im Endergebniss viel mehr kosten, als viele vom Finanzminister herbeigeführte Steuergesetze zusammen, nicht aufregen. Es liegt hierin die gleiche Täuschung, als wenn man den Gesetzen des Staatsrechtes eine fundamentale öffentliche Bedeutung, dem Civilrecht aber eine untergeordnete Funktion im öffentlichen Leben zuschreibt. Aehnlich wird durch die Cholera eine grosse Panik verbreitet, während man sich über andere viel gefährlichere Krankheiten, welche 1000 Mal so viel Gesundheit und Leben vernichten, nicht aufregt. Der in der Rechtsgeschichte auffallende Gleichmuth und die Passivität der Regierungen dem Civilrecht gegenüber erklärt sich zum grossen Theil auch dadurch, dass man sich für die Erscheinungen der Wirthschaftsordnung hauptsächlich, ja mitunter fast ausschliesslich vom Standpunkt der unmittelbaren und sichtbaren fiskalischen Interessen (oder mitunter vom Standpunkt anderer Regierungs- oder Staatsinteressen im engen sog. „hochpolitischen“ Sinne) interessirte und die „Klinke der Gesetzgebung“ ergriff. Es giebt Civilgesetzbücher, welche mit fiskalischer Kurzsichtigkeit durchtränkt und durchwoben sind.

Je unkritischer die Anschauungen von Volksmassen und Regierungen über die Bedeutung eines guten oder schlechten Civilgesetzbuches, je weniger dieselben als solche im Stande sind, zu verstehen, worum es sich dabei handelt und je grösser daher ihr Gleichmuth auf diesem Gebiete ist, desto heiliger ist die Pflicht der Wissenschaft darüber zu wachen, dass die Civilgesetzgebung

einerseits nicht stationär bleibt, dass andererseits auf diesem Gebiete leichtsinnige und übereilte Schritte (z. B. aus „hochpolitischen“ Rücksichten) vermieden werden, desto trauriger ist die Thatsache, dass man auch in der Literatur auf Schritt und Tritt der direkt und kategorisch oder stillschweigend ausgedrückten Anschauung begegnet, dass die Qualität eines bürgerlichen Gesetzbuches im „praktischen Leben“ eigentlich nicht so wichtig sei, dass dieses sich dem Gesetzbuch leicht anpasst, dass es andererseits die Aufgabe der Rechtswissenschaft sei, durch die Interpretation (d. h. durch die oben beschriebene wenig ansprechende Manipulation der Umdeutung der Gesetze) das Gesetzbuch dem praktischen Leben anzupassen. Solche Stimmen hat man bei der Beurtheilung des ersten Entwurfes in Menge gehört. In der That ein bedauerlicher Zustand der Wissenschaft! Wie kann man glauben, dass diese ein gutes Gesetzbuch erzeugen kann, wenn sie sich bisher darüber nicht klar geworden ist, ob die Qualität eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Volk eigentlich wichtig oder unwichtig sei. Früher hat man hohe Principien und Ideen vertreten und man würde dem Versuch, ein Gesetz einzuführen, welches dem Naturrecht oder der Vernunft widerspräche, mit entsprechender principieller und ideeller Entrüstung begegnen. Jetzt ist man aber „praktisch“ und „modern“ geworden. An Stelle des Ideals, des Naturrechtes und der Principien sind „praktische Rücksichten“ getreten und diese sind mitunter so belanglos, so trivial, so klein, dass man in der That Recht hat, wenn man sich deswegen den Verdauungsprozess nicht stören lässt. Wir fragen aber, wie man z. B. die zahlreichen Bestimmungen des zweiten Entwurfes über das Rücktrittsrecht oder über die obligatorische Rechtslosigkeit im Falle der erheblichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, über die Früchte, über die Zinsen, über die Verwendungen etc. etc. weginterpretiren kann? Bisher musste doch die Jurisprudenz irgend einen Vorwand haben, um das Gesetz um- oder wegzudeuten. Welchen Vorwand kann nun die künftige Rechtswissenschaft vorschützen, um zu behaupten, dass der Gesetzgeber eigentlich kein Rücktrittsrecht auf den Fall des Verzuges oder dgl. einführen wolle, obgleich dem Wortlaut des Gesetzes nach ein solcher Schein entstehe. Was schwarz ist, kann auch die Jurisprudenz nicht ohne Weiteres „weiss“ nennen. Manche Bestimmungen werden freilich umgedeutet werden. So z. B. ist es in Bezug auf den § 278 des Entw. II (Fixgeschäft, oben S. 528) nicht schwer zu errathen, wie die Jurisprudenz ihn „restrictiv“ um-

deuten würde. Der dort angegebene Begriff des Fixgeschäftes ist aus dem Handelsgesetzbuch abgeschrieben. Die handelsrechtliche Jurisprudenz verfolgt nun (unter der richtigen Empfindung, dass die gesetzliche Begriffsbestimmung unzulänglich ist) die Tendenz, eine möglichst restriktive Interpretation zu üben, und benutzt gern jeden Vorwand, um der Partei, welche sich auf die gesetzliche Begriffsbestimmung stützt, eine Enttäuschung dadurch zu bereiten, dass sie neue im Gesetze nicht ausgesprochene Erfordernisse des Fixgeschäftes aufstellt. So z. B. behauptet man, dass die Parteien besondere Ausdrücke, wie „fix", „genau" oder dgl. besondere Mittel gebrauchen müssen, um die „genaueste" (Superlativ und Pleonasmen sind hier sehr beliebt) Einhaltung der Frist besonders erkennbar zu machen, oder dass sie die Frist als „essentiale" ihres Geschäftes hinstellen sollen, dass jedenfalls die Verabredung eines genauen Erfüllungstermins „ohne weiteren Beisatz" nicht genüge etc. etc. Es ist sicher, dass nach Einführung des zweiten Entwurfs als Gesetz die betreffende Jurisprudenz dieselbe Tendenz in verstärktem Masse zu verfolgen sich genöthigt sehen würde; denn 1. was der Handelsverkehr leicht verdaut, damit wird der bürgerliche Verkehr vergiftet; 2. der Entwurf hat die „geschichtliche Entwickelung zum Abschluss" gebracht und den Begriff des Fixgeschäftes auf alle möglichen Kontrakte ausgedehnt; 3. desgleichen hat er seiner allgemeinen Tendenz gemäss das Erforderniss der culpa, des Verzuges für die Unterwerfung des Schuldners unter die schweren Folgen des Fixgeschäftes (im Gegensatz zum Handelsrecht) fallen lassen; 4. er hat auch den Begriff des Fixgeschäftes noch dadurch weiter, als das Handelsgesetzbuch, gefasst, dass er die Worte des letzteren: „Ist bedungen..." durch die Worte: „Ergiebt sich aus einem gegenseitigen Vertrage..." ersetzt hat. In diesem Falle ist man nun nicht nur durch das schlechte Gesetz zur Umdeutung desselben gezwungen, sondern man findet im Gesetze auch einen Vorwand und eine Ermuthigung zur selbstständigen Rechtsfindung, indem man merkt, dass der Gesetzgeber eigentlich nach einem anderen als dem in seiner Begriffsbestimmung ausgedrückten Gedanken instinktiv getappt, dass er selbst nach einer anderen, engeren Formulirung gesucht hat, aber schliesslich keine andere Art der Restriktion herausfinden konnte, als die Häufung von Pleonasmen. In den meisten anderen Fällen kann man einen solchen Vorwand nicht finden. Aber auch den § 278 kann man trotz des besten Umdeutungswillens zu einem guten Gesetz

nimmermehr machen. Auch die Forderung der Ausdrücke „genau", „fix" etc. könnte hier nicht helfen, weil diese mit dem civilpolitisch richtigen Begriff des Fixgeschäftes nichts zu thun haben.

Was das andere Argument anbetrifft, wonach das praktische Leben leicht Mittel findet, den schlechten Gesetzen sich anzupassen, so ist dies freilich ebenso richtig, als der Satz, dass es früher keine Telephone, Telegraphen, Eisenbahnen gab und dass die Leute doch Mittel fanden, Nachrichten zu übermitteln und Waaren zu transportiren, oder der Satz, dass die Menschen sich auch der schlechten Nahrung, Wohnung und anderen schlechten Lebensbedingungen anpassen. Auch an die oben S. 514 fg. besprochenen Paragraphen würde sich das Volk anzupassen wissen. Ob es sich aber dabei um eine wünschenswerthe und erfreuliche Erscheinung handeln würde, ist eine andere Frage. Zunächst werden sich die ethisch zweifelhaften und rücksichtslosen Elemente in dem Sinne daran anpassen, dass sie allmählich immer besser und besser kennen lernen, wie aus den betreffenden Paragraphen Kapital auf Kosten des ökonomisch schwächeren Gegners zu schlagen ist. Dann wird die Anpassung darin bestehen, dass viele Leute zum Opfer dieser Paragraphen werden, ohne dass ihre Thränen auf der hohen Fläche des „öffentlichen" Lebens und Geredes erscheinen, dass andere Leute misstrauisch werden und sich durch verschiedene Mittel gegen die eventuelle Gefahr zu sichern versuchen werden. An die Regeln über die imp. necessariae werden die Leute sich am besten so anpassen, dass sie nothwendige Ausgaben im fremden Interesse nach Möglichkeit vermeiden, an das Zinsenrecht des Entwurfes werden die Schuldner sich auf die Weise anpassen müssen, dass sie eben die ihnen auferlegte Steuer dem Geldkapital bezahlen etc. etc. Die öffentliche ruhige Stimmung wird dadurch nicht gestört werden, denn die „Anpassung" wird zwar grosse ethische und volkswirthschaftliche Opfer kosten, viele Existenzen vernichten, viel Unglück herbeiführen, aber sie wird unmerklich in der unsichtbaren Tiefe des Volkslebens geschehen, sozusagen nicht auf der offenen Strasse, sondern in den Privathäusern hinter geschlossenen Thüren.

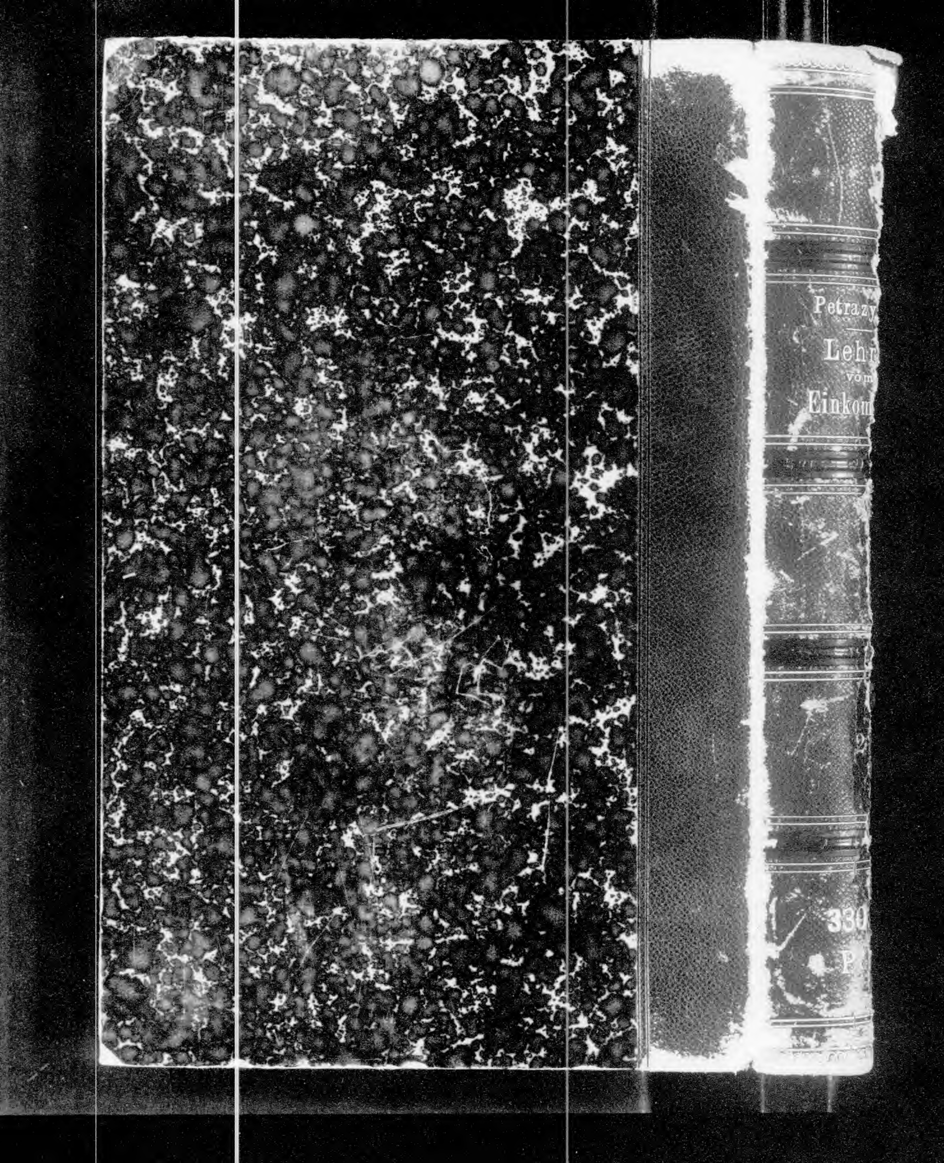
Wir nehmen gern an, dass die bekämpfte oberflächlich-opportunistische, sehr „praktische" Anschauung über die Bedeutung der Eigenschaften eines bürgerlichen Gesetzbuches im Falle einer Abstimmung unter den Juristen (besonders unter den Vertretern der Wissenschaft) keine Majorität aufweisen würde. Es gereicht zur

Ehre der gegenwärtigen Rechtswissenschaft, dass manche und zwar gerade besonders hervorragende Vertreter derselben mit gebührender Entrüstung gegen die obige Anschauung gekämpft haben. Aber schon die Thatsache, dass es sich um verschiedene, radikal entgegengesetzte persönliche Ansichten in einer solchen Frage handeln kann, dass die Frage keine genauere wissenschaftliche Untersuchung erfahren hat, dass man bisher nicht sicher weiss, ob, wie und warum, sondern so denkt, wie es eben ihm persönlich scheint (wobei zum grossen Theil das Temperament und die allgemeine mehr oder weniger ideelle, tiefe und principielle oder praktisch-opportunistische Denkweise des Forschers entscheidet), diese Erscheinung an sich ist höchst bedauernswerth und für unsere Reife zur Lösung einer grossartigen kodifikatorischen Aufgabe höchst charakteristisch.

Mögen diejenigen, welche Lobsprüche auf die zweite Lesung in Bereitschaft haben, bevor sie diese in Umlauf setzen, gründlich bedenken, welche Verantwortlichkeit sie auf ihr Gewissen laden und ob die scheinbare Vollkommenheit dieses Gesetzeswerkes nicht vielmehr nur die Naivität und die Oberflächlichkeit unseres kritischen Urtheiles bedeutet.

Der zweite Entwurf ist ein schlechtes Gesetzbuch und anders konnte es auch nicht kommen. Man hat verschiedene vorbereitende Arbeiten sorgfältigst ausgeführt und alles mögliche Hilfsmaterial in grossartiger Menge gesammelt, nur hat man nicht dasjenige Material gesammelt und nicht diejenigen Arbeiten ausgeführt, welche wirklich nöthig waren. Man hat „Alles erwogen“, nur nicht das Wesentliche. Die Arbeit ist von hervorragenden Vertretern der Wissenschaft und der Praxis ausgeführt, aber nicht derjenigen Wissenschaft und Praxis, welche nöthig wäre, sondern einer anderen.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a/S.


Petrazy
Lehr
vom
Einkom
330
P

END OF
TITLE